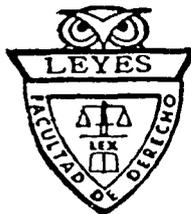


00721
43

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



PROBLEMAS CONSTITUCIONALES CON
MOTIVO DE OMISIONES LEGISLATIVAS

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

LUIS EDGARDO AMEZCUA ALCALA

ASESOR: DR. DIEGO VALADES

MEXICO, D.F.

AGOSTO DEL 2003

A



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PAGINACION DISCONTINUA



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO**

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E**

Muy Distinguido Señor Director:

El alumno AMEZCUA ALCALA LUIS EDGARDO inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "PROBLEMAS CONSTITUCIONALES CON MOTIVO DE OMISIONES LEGISLATIVAS", bajo la dirección del suscrito y de el Dr. Diego Valadés Ríos, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Dr. Valadés Ríos, en oficio de fecha 25 de agosto de 2003, me manifiesta haber aprobado la referida tesis; y personalmente he constatado que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento, suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

**A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.F., agosto 28 de 2003.**


**DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO**

NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo excepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad

*mpm.



ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
FEDERACIÓN NACIONAL
AZÚCAR
MEXICO

México, D.F. 25 de agosto de 2003

**DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y AMPARO
PRESENTE**

Estimado Doctor:

Me permito informarle con toda atención que el alumno **LUIS EDGARDO AMEZCUA ALCALÁ**, con número de cuenta 9857564-4, ha concluido sus tesis bajo mi asesoría.

El trabajo se intitula **"PROBLEMAS CONSTITUCIONALES CON MOTIVO DE OMISIONES LEGISLATIVAS"**, el cual fue debidamente inscrito, cumpliendo con los requisitos establecidos por el seminario a su digno cargo.

Sin más por el momento, le envío un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

DR. DIEGO VALADÉS

A mi familia, en especial a mis padres por haberme
permitido estudiar en la inolvidable
Universidad Nacional Autónoma de México

* * *

Los aciertos de este trabajo no se habrían realizado sin la
valiosa y apacible asesoría de mi maestro

Diego Valadés

D

CONTENIDO

Introducción	IV
--------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 La Constitución como norma jurídica	2
1.2 Supremacía constitucional	7
1.3 Estado constitucional	11
1.4 Estado de derecho	21

CAPÍTULO SEGUNDO INACTIVIDAD LEGISLATIVA

2.1 Omisiones legislativas	31
2.1.1 Omisiones absolutas y relativas	36
2.1.2 Sentencias aditivas	38
2.1.3 Conflicto de poderes	41
2.1.4 Periodo para declarar la Inconstitucionalidad	44
2.2 Reservas de ley	49
2.3 Normas Programáticas	53

CONTENIDO

**CAPÍTULO TERCERO
DERECHO COMPARADO**

3.1 Justificación.....	66
3.2 Portugal	68
3.3 Brasil	73
3.4 Argentina	79
3.5 Venezuela	85
3.6 Alemania	87
3.7 España	90
3.8 Perú	92

**CAPÍTULO CUARTO
CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

4.1 Sistema mexicano de control de la constitucionalidad	99
4.1.1 Amparo	100
4.1.2 Acciones de inconstitucionalidad	104
4.1.3 Controversias constitucionales	105
4.2 La jurisdicción constitucional y las omisiones legislativas en México	108
4.2.1 Veracruz	112
4.2.2 Tlaxcala	114
 Conclusiones	 119
 Bibliografía	 123

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Las omisiones legislativas originan una serie de problemas constitucionales que afectan al texto base de una sociedad: la Constitución. El constituyente impone al legislador ordinario emitir las normas necesarias para el desarrollo y adaptación de la Constitución a las nuevas exigencias sociales. La problemática de las omisiones legislativas consiste en que el Poder Legislativo no desarrolla el contenido del texto constitucional, a pesar de la existencia de un mandato expreso en él.

La supremacía constitucional es una de las materias más relevantes de los sistemas constitucionales. El grueso de la literatura especializada se ha enfocado por defender el carácter supremo de la Constitución ante los actos positivos de los distintos órganos de poder. La aparición de asignaturas como el derecho procesal constitucional o, incluso la creación de órganos específicos de jurisdicción constitucional se debe a esa preocupación de defensa del carácter supremo de la Constitución. Pero, a pesar de ese gran despliegue técnico-académico, hay una faceta del problema poco explorada y que, sin embargo, es de gran envergadura: las omisiones legislativas.

La supremacía de la Constitución no solamente puede ser vulnerada por acción, sino también por omisión. El legislador no sólo lesiona a la Norma Fundamental emitiendo leyes contrarias a lo establecido por ella, sino también lo puede hacer omitiendo la ley exigida por la Carta Magna.

INTRODUCCIÓN

Las constituciones de los últimos tiempos, a diferencia de las vigentes en la etapa liberal, caracterizadas por ser simples estatutos organizadores del poder, estableciendo los límites del ejercicio de los poderes públicos, han ampliado su campo al incluir las directrices para un mejor bienestar social y económico de la población. Por eso no falla Gomes Canotilho en catalogarlas como constituciones dirigentes.

La inclusión de normas programáticas en la Constitución exige un papel activo del legislador de hacer eficaz el proyecto que el constituyente deseó. La Constitución sólo regula la estructura general y confía al resto del ordenamiento jurídico su concretización. El constituyente se auxilia del legislador ordinario ante la imposibilidad de determinar en su totalidad al ordenamiento jurídico, transmitiéndole la imperiosa tarea en el desenvolvimiento del texto base de la sociedad.

Al constitucionalismo actual, pues, se le presenta el problema del desarrollo de la Constitución bajo las condiciones de las nuevas exigencias de prestación que caracteriza al Estado social y democrático de derecho.

En un Estado de derecho todos los poderes públicos se encuentran sujetos a lo preceptuado por la Constitución. No se puede argüir la discrecionalidad o "soberanía" del Poder Legislativo como excusa de su inacción ante lo ordenado por la Norma Fundamental. En este sentido, para mantener a la Constitución como

INTRODUCCIÓN

norma suprema se necesitan los medios idóneos para que, en caso de ver atacada su fuerza normativa, el órgano encargado de mantenerla incólume sea capaz de reparar el daño producido.

Tiene razón Vanossi al afirmar que a finales del siglo pasado, los constitucionalistas se consideraban realizados, como dirían los psicólogos, sancionando constituciones, sancionando normas. Hoy el problema es de efectividad; está en buscar los medios de efectivización, medios de protección real y concreta, frente a todo ese "catálogo de ilusiones", que aparece en los conjuntos normativos.

El tema de las omisiones legislativas no es nuevo, pero sí es una materia descuidada por la doctrina mexicana. Las omisiones del legislador, ante los mandatos de la Constitución, ocasionan diversos problemas constitucionales que merecen ser estudiados para su solución; por esto este trabajo expone el hecho, aunque de forma muy simple, para llamar la atención sobre las diversas consecuencias de esa actitud omisa.

La elección del tema de mi tesis fue una decisión complicada. Realmente no sabía que tema escoger. Tuve la oportunidad de asistir a un congreso de derecho constitucional celebrado en la ciudad de Piura y, precisamente, una de las ponencias presentadas se refirió al control constitucional de las omisiones legislativas. Se planteó a la mesa de discusión que, si bien la Constitución es la

INTRODUCCIÓN

norma jurídica suprema del ordenamiento, puede vulnerarse su carácter supremo cuando el ente obligado de su desarrollo no cumple con el mandato impuesto por ella, surgiendo por tanto la necesidad de que el órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional cuente con los medios idóneos para tutelar y mantener la supremacía de la Ley Fundamental.

No obstante se corren riesgos de que el ente fiscalizador de las omisiones legislativas invada competencias del órgano legislativo; o bien surgen dudas como hasta que grado es factible exigirle una conducta al legislador omiso. Las omisiones legislativas, pues, plantean una serie de interrogantes que exigen su análisis porque no cabe duda que la Constitución puede ser altamente menoscabada por no cumplirse su mandato. Como bien apunta Hesse, la naturaleza de la norma constitucional estriba en que pretende *tener vigencia*, es decir, realizar en la realidad el estado por ella normado.

El reconocimiento es una de las formas de pagar las deudas. En primer lugar, agradezco a Diego Valadés por el apoyo en la elaboración de este trabajo. Son grandes los conocimientos que he adquirido de su parte, además de que nunca olvidaré mi estancia como becario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM bajo la coordinación de tan ilustre jurista. Mi agradecimiento por haberme permitido ingresar al Instituto, esperando que el cúmulo de conocimientos que adquiriera de él todavía se propaguen a lo largo del tiempo.

INTRODUCCIÓN

No puedo omitir agradecer al profesor de la Universidad de Udine, Luca Mezzetti; al profesor de la Universidad de Santiago de Compostela, José Julio Fernández Rodríguez; al director de la Facultad de Derecho de la UNAM, Fernando Serrano Migallón; también de la Facultad de Derecho al profesor José Gamas Torruco; así como a los investigadores Miguel Carbonell y Juan Vega del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. A todos ellos, gracias.

CAPÍTULO PRIMERO
CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

Uno de los presupuestos esenciales para tratar el tema de las omisiones legislativas es entender a la Constitución como una verdadera norma jurídica. De acuerdo con García de Enterría,¹ a la Constitución se le ha restado valor normativo, y se le ha llegado a entender sólo como texto jurídico relativo a la organización y funcionamiento de los poderes públicos; el resto del contenido de la Norma Fundamental se concibe como un conjunto de preceptos eficaces sólo en cuanto el legislador los desarrolle. Esta visión nos conduce a dejar de considerar a la Constitución como norma jurídica invocable directamente ante los tribunales y vinculante ante todos los poderes públicos.

En sus orígenes, la Constitución no fue concebida como el instrumento único donde se establecía la estructura política de un Estado, sino según García de Enterría, la idea de Constitución nace como norma de origen popular o comunitario.² Pero, nos dice el autor, este concepto de Constitución va a sufrir fuertes embates, por ejemplo, la idea de los Monarcas que tenían sobre la Constitución como la norma que simplemente codifica el sistema político, o bien, de acuerdo con el marxismo, que ve en la Constitución el documento que sirve para la estructuración del poder sirviendo como instrumento para dar legitimidad a la explotación del hombre. En este mismo sentido, otro ejemplo que añadiríamos

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma jurídica", en Predieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (coords.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1981, p. 97.

² *Ibidem*, p. 98.

para manifestar como las constituciones fueron perdiendo valor normativo, nos lo muestra Alberdi³, teniendo ejemplo el proceso de descolonización de América del Sur, al indicar que en esa época la preocupación de las constituciones de los nuevos estados por configurarse era establecer con claridad la independencia de Europa, todo lo demás era accesorio y, por tanto, desatendido.

Estos embates, pues, tienen como corolario que la Constitución sea considerada sólo como un ordenamiento cuya función es organizar las piezas de un Estado y, por ende, deje ser una norma invocable ante los tribunales de forma directa.

El fracaso de los regímenes totalitarios y la Segunda Guerra Mundial marcan el inicio de retomar la genuina idea de Constitución, es decir, el pueblo se encuentra incluido en el proyecto constitucional, él mismo es quien define su rumbo. La Constitución establece un orden político determinado, define su estructura básica, pero, a su vez, en esa estructura ha de participar de forma esencial el pueblo, de modo que los que ejercen el poder sirvan al pueblo con funciones claramente establecidas, otorgando al ciudadano los medios para garantizar su libertad ante la actuación del Estado.

La Constitución deja de ser un documento otorgado por el monarca, el instrumento que sólo define a los poderes o, como dice García de Enterría, el instrumento legal que ordene la vida social como una concesión del Estado.⁴ La Constitución, pues, expresa el proyecto constitucional que desea el pueblo, además

³ ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Buenos Aires, Editorial Sopena, 1957, p. 28.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma jurídica", op. cit., p. 102.

OMISIONES LEGISLATIVAS

de garantizar el principio de división de poderes y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ahora bien, es característica primordial de toda norma jurídica su fuerza vinculante, es decir, todos a quienes va dirigida la norma están sujetos a lo ordenado por ella. La Constitución, como norma jurídica que establece, en términos generales, la organización de un Estado y se encuentran contenidos los derechos fundamentales, es obligatoria para todos los poderes públicos y ciudadanos.

Aceptar a la Constitución como norma jurídica es ya un gran paso, pero debe complementarse con una de las características esenciales de la misma: como norma suprema del ordenamiento jurídico. La Constitución no sólo es una norma, sino que es la ley superior de todo el ordenamiento, porque establece el sistema de fuentes⁵ conforme el cual han de dictarse las leyes para su validez, colocándose como *norma normarum*.⁶

Por otra parte, de acuerdo con Manuel Aragón, existe un binomio entre la Constitución como norma jurídica y el control estatal. Se tiene claro que la Constitución es un instrumento de limitación y control del poder. El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se concibe como norma, y no

⁵ La Constitución como fuente del derecho, abarca dos cuestiones: como *norma normarum*, fuente de fuentes, es decir, vértice del sistema jurídico y parámetro de validez del resto de las normas; la otra, que podría identificarse a la Constitución como fuente de derecho estricto, es decir, como norma creadora por sí misma no de normas instrumentales, sino de normas materiales directamente aplicables. CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2001, p. 131.

⁶ FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 81, julio-septiembre de 1993, p. 47.

un simple programa puramente retórico. La Constitución puede desplegar su fuerza normativa sólo si existe control de la actividad estatal.⁷ Así, afirma Manuel Aragón “*no es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles*”.⁸

En este mismo sentido, Pedro de Vega, afirma que el control de la constitucionalidad toma vigor sólo teniendo como base a una Constitución “*como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica*”. Si las constituciones son “*meros instrumentos de falsificación de la realidad política, dejan, por tanto, sin justificación posible la defensa dentro de ellas de ningún sistema de justicia constitucional*”.⁹

Pero, debemos relacionar a la Constitución como norma jurídica con la democracia, ya que aquella solo es auténtica, es decir, Constitución normativa, si es una Constitución democrática.

“La democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica... sino, sobre todo, como forma jurídica específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que la validez y la legitimidad resultan enlazadas”.¹⁰

⁷ ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, p. 81.

⁸ *Ibidem*, p. 102.

⁹ VEGA GARCÍA, Pedro de. “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de estudios políticos*, España, núm. 7, enero-febrero 1979, p. 95.

¹⁰ ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*, op. cit., p. 12.

OMISIONES LEGISLATIVAS

La Constitución de un Estado democrático debe tener en su totalidad fuerza normativa, por que de lo contrario sería un *"texto donde se acumulan consejos, recomendaciones, invitaciones, simples parámetros orientativos, o cosa semejante, todo ello sin fuerza obligatoria"*.¹¹

Hacer de nuestra Constitución una verdadera norma jurídica es una tarea insoslayable; que se traduzcan en realidad todos sus preceptos, que se cumplan todos los propósitos del poder constituyente para, como dice Pedro Sagües, no tener una Constitución *utópica o gatopardista*, que junto con la *demagogia constitucional* se seduce a la sociedad con promesas inválidas o no realizables.¹²

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, 2003, p. 20.

¹² SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. I, p. 50.

2.1 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La Constitución es superior a todas las demás normas que componen el ordenamiento jurídico. No existe norma alguna que se encuentre por encima de la Constitución.

De acuerdo con Jorge Carpizo¹³, la supremacía constitucional refiere a que la Constitución es la ley suprema, se encuentra en la cúspide de todo el orden jurídico. Significa que una norma contraria a esa norma superior no tiene posibilidad de existir dentro de ese orden jurídico.

Concebir al sistema jurídico de forma piramidal hace necesario que toda regla encuentre su validez con una regla superior. La Constitución, como norma suprema, define el procedimiento mediante el cual se crearán el resto de las demás normas. La supremacía constitucional se manifiesta en que todas las normas deben estar de acuerdo al contenido de la Constitución. Ninguna norma puede contradecir lo dicho por la Carta Fundamental.

Gamas Torruco¹⁴ expresa que la supremacía constitucional se traduce en que la Constitución es creada por un órgano especial, mientras que la legislación ordinaria emana del órgano creado por la Constitución. Además, nos dice el autor, concebir que la legislación ordinaria pueda contravenir lo preceptuado por la Ley Fundamental haría suponer que el órgano creado por la Constitución, encargado de

¹³ CARPIZO, Jorge. *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1999, p. 1.

¹⁴ GAMAS TORRUCO, José. *Derecho constitucional mexicano*, México, UNAM, 2001, p. 114.

crear la legislación ordinaria, se colocara por encima del Constituyente al poder ir más allá de lo que le estableció su creador.

La Constitución como norma suprema, también, se manifiesta, de acuerdo con el principio de rigidez constitucional, en que la Constitución se encuentra sujeta a un procedimiento especial de reforma más riguroso que el de la legislación ordinaria.

Ahora bien, dentro de los antecedentes más importantes en cuanto al carácter supremo de la Constitución los encontramos en la independencia de los Estados Unidos. Con la Constitución norteamericana de 1787, aparece de entre todas las características distintivas de la Constitución, universalmente admitida por la dogmática constitucional, la Constitución como norma fundamental, es decir, suprema.¹⁵

La preocupación de los norteamericanos estaba en lograr un equilibrio entre los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, sin darle preferencia a ninguno de ellos, y en especial al primero como había sucedido en Europa.¹⁶ Vefan un mayor peligro para la libertad en el exceso de facultades otorgadas al legislador; por este motivo, concibieron que en la Constitución se establecieran los límites ante los posibles excesos de poder del legislador. Siendo así, era necesario imponer la Constitución como norma fundamental.

¹⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial de *commow law*", *Anuario jurídico*, México, núm. VI, 1979, p. 352.

¹⁶ Se concebía al Parlamento como a un órgano soberano, al margen de cualquier tipo de control. No podemos seguir teniendo la idea de tener poderes absolutos y de esta forma concebir a parlamentos omnipotentes, no sujetos a ningún tipo de control. De acuerdo con Ferrajoli "la doctrina "democrática" de la omnipotencia del Legislativo y de la soberanía del Parlamento fueron suprimidos y reemplazados" por el surgimiento de Constituciones y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. FERRAJOLI, Luigi. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 398.

El carácter supremo de la Constitución significa que todos los poderes públicos se encuentran sujetos a ella; aún el órgano legislador debe acatar lo ordenado por la Ley Fundamental. La idea de un Parlamento soberano ha sido desplazada por la de un órgano legislativo que se encuentra sujeto a control; ya desde *"hace muchos años se viene hablando de la decadencia de los parlamentos y esto es un hecho objetivo a pesar de que con argumentos románticos se pretenda encontrar alguna excepción en el mundo"*.¹⁷ La posición de los parlamentos ya es distinta de la que gozó en el pasado.¹⁸

Por otra parte, concebir a la Constitución como norma suprema no es suficiente, si no se tienen los medios necesarios para garantizar su carácter supremo. De acuerdo con Jorge Carpizo,¹⁹ el principio de la supremacía constitucional y el del control de la constitucionalidad de actos se complementan.

Los americanos no le encargaron esta función al legislador, pues es precisamente el poder que más se quería limitar²⁰, sino se le otorgó al Poder Judicial. Esto no se estableció de forma expresa, sino sólo la Constitución especificó que: "esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada

¹⁷ VALADÉS, Diego. *La Constitución reformada*, México, UNAM, 1987, p. 213.

¹⁸ TORRES MURO, Ignacio. "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana", *Revista española de derecho constitucional*, España, núm. 17, mayo-agosto de 1986, p. 191.

¹⁹ CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 2.

²⁰ CRISTÓBAL SERRA, Rosario. *La guerra de las cortes*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 32. De acuerdo con Cappelletti, la idea de "Ley Superior", concibe que incluso el legislador este sujeto a ella. *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987, p. 310.

OMISIONES LEGISLATIVAS

Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado". Lo anterior fue lo que le sirvió al juez Marshall, en el tan conocido caso *Marbury vs. Madison*, para declarar inconstitucional una ley contraria a la Constitución.

Queda claro, pues, la necesidad de establecer medios adecuados para prevenir que un acto cualquiera pueda vulnerar la Constitución,²¹ es decir, que garanticen la supremacía constitucional.

No entraremos en detalles sobre los dos grandes sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, el sistema difuso o americano, y el concentrado o austríaco. Sólo mencionaremos que de acuerdo con el primero, el poder de control se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios; y en el segundo, se centraliza en un solo órgano judicial.

Para finalizar, sólo queremos enfatizar que "*la Constitución -si bien es suprema- requiere del legislador para tener andamiento*"²². La Constitución contiene una serie de mandatos hacia el legislador. Ésta sólo establece los lineamientos generales y es tarea del órgano legislativo desarrollar el contenido de la Norma Fundamental. En caso de que el legislador no actúe ante lo ordenado por la Ley Básica, transgrede el carácter supremo de la Constitución.

²¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, p. 69.

²² BIDART CAMPOS, Germán J. "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997, p. 2.

1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL

Para el desarrollo de este apartado podríamos preguntarnos ¿qué se entiende por Estado constitucional?, ¿qué significa la expresión Estado constitucional?, ¿cuándo a un Estado se le puede atribuir la característica de constitucional?

De acuerdo con Pizzorusso, el origen de la enseñanza del derecho constitucional, como disciplina autónoma, se desarrolló con el objeto de estudiar el nuevo tipo de gobierno constitucional que se estaba desarrollando, primeramente en Inglaterra (siglo XVII), después en Francia (tras la revolución de 1789). De acuerdo con el concepto de Constitución establecido en la Declaración de Derechos del Hombre, según la cual toda sociedad en la que no se garanticen los derechos, ni la separación de poderes, no tiene Constitución, la Constitución no sólo hacía referencia a un texto que cumpliera con ciertas características formales, sino a un documento que reflejaba en ese momento el programa político del movimiento liberal. De acuerdo con esto, el adjetivo de constitucional se aplicaba a todo en cuanto sostuviera aquel programa²³, es decir, un Estado era calificado como constitucional si cumplía con los lineamientos de un Estado liberal.

Esta concepción tan restringida de Estado constitucional no puede ser sostenida en la actualidad. Un Estado constitucional no sólo se configura al garantizar una determinada serie de derechos fundamentales y proclamar una distribución de

²³ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, t. I, p. 1.

funciones en el ejercicio del poder sino, como bien apunta el jurista alemán Peter Häberle, se compone de diversos elementos.

¿Por qué analizar al Estado constitucional? De acuerdo con los dos apartados anteriores, en los cuales se analizó a la Constitución como norma jurídica, es decir, una norma jurídica que es invocable de forma directa ante los tribunales; que goza de la característica de supremacía, esto es, no existe ninguna otra norma por encima de ella, sino es la Constitución la que marca la pauta de todo el ordenamiento jurídico, todo esto, no tendría cabida en un Estado que no fuera constitucional. Bien lo afirma Manuel Aragón, cuando expresa que aceptar a la Constitución como norma jurídica, suprema, plenamente aplicable, que garantice la soberanía popular, ha sido característica de los estados constitucionales.²⁴

Basándonos en la obra del jurista alemán Peter Häberle, denominada precisamente "El Estado constitucional", identificaremos que son varios los elementos que conforman a un Estado constitucional.

Para Häberle, la dignidad humana es la piedra angular de un Estado constitucional, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad. El Estado constitucional se caracteriza por la dignidad humana.²⁵

No existe un concepto unívoco de dignidad humana, debido a que, nos dice

²⁴ ARAGÓN, Manuel. "La Constitución como paradigma", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 114.

²⁵ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 3; ROLLA, Giancarlo. *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 57.

Häberle, de acuerdo con las distintas constituciones, se encuentra muy relacionado con la cultura de un pueblo. Pero, se pregunta el autor, ¿existe un núcleo de la dignidad humana que sea independiente del ámbito cultural? Efectivamente, manifiesta, englobado en un contexto de derechos fundamentales, la dignidad humana es lo que permite al ser humano llegar a ser persona.²⁶

La garantía de la dignidad humana, en un Estado constitucional, tiene como corolario el principio organizativo fundamental de división de poderes dentro de una democracia. Así, Häberle expresa que el núcleo del ser humano como ciudadano es afectado si no tiene la posibilidad de ejercer su derecho al voto, tener la libertad de opinión, o bien, de manifestarse para fines políticos. Ahora bien, nos dice el autor, la democracia del Estado constitucional requiere constantemente de reformas, por ejemplo, mejoramiento de la protección de las minorías, fortalecimiento de los derechos de la oposición en la democracia parlamentaria, impedir que un poder económico muy grande se convierta en poder político, regular el financiamiento público de los partidos políticos, así como el desarrollo de competencias de control de la jurisdicción constitucional.²⁷

Para Häberle, los lineamientos del orden democrático del Estado constitucional son:

a) el pluralismo que significa una diversidad de ideas e intereses. Una expresión del pluralismo es la tolerancia como principio constitucional. En un ambiente

²⁶ Ibidem, pp. 169 y ss.

²⁷ Ibidem, pp. 193 y ss.

donde coexisten diversas fuerzas (partidos políticos, iglesias, sindicatos, empresarios, medios de comunicación), el principio de la tolerancia es necesario. Por otra parte, la idea del pluralismo nos hace ver al Estado constitucional no como a un aparato opresor que se encuentra por encima de los gobernados, sino que se conforma por estos y se encuentran a su servicio. La diversidad de ideas e intereses en lugar de, como lo denomina Häberle, la unidad "por decreto" es lo que hace al Estado constitucional superior frente a cualquier forma de dominio totalitario. El pluralismo expresa la condición de libertad tanto individual como social de los ciudadanos.

b) el principio de mayoría, en estrecha relación con la protección de las minorías. Debe existir la posibilidad de que perdedores en una decisión tengan la oportunidad igual y real en un futuro de obtener la mayoría.

Respecto al tema de la división de poderes, expresa Häberle, que en cualquier democracia con división de poderes se debe garantizar la idea fundamental de este principio: el impedimento del abuso del poder.²⁸ Recalca que la división de poderes es una de las más felices "invenciones" de la historia del espíritu y la cultura, junto con la dignidad humana y la democracia, los derechos fundamentales, el Estado social de derecho, también el Estado de cultura, la protección jurídica por tribunales independientes y la jurisdicción constitucional. Quizá podría hablarse de un derecho fundamental a la división de poderes, debido

²⁸ Ibidem, p. 205.

a que ésta se encuentra al servicio de los derechos humanos, de la protección del individuo.²⁹

Ahora bien, de acuerdo con Häberle, en un Estado constitucional, como vimos anteriormente, la Constitución debe ser entendida como el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad que posee validez jurídica de naturaleza superior. La Constitución incluye a la sociedad; no sólo es el Estado el constituido (la Constitución no es sólo Constitución "del Estado").³⁰ En este contexto, la Constitución debe concebirse como un estadio cultural. Para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico, sino que además, expresa el patrimonio cultural de un pueblo y es fundamento de sus esperanzas.³¹

Según Häberle, la concepción antropocéntrica de Constitución se manifiesta tanto en el establecimiento de los derechos fundamentales, como también en el carácter funcional de la misma, en razón de que estas funciones se encuentran al servicio del ser humano, de su dignidad y libertad, e incluso igualdad. Todas las normas de organización y procedimiento, todas las tareas del Estado están estructuradas en función del ser humano.³²

Con lo anterior, se podría correr el riesgo de concebir al Estado como no sujeto a límites en aras de las tareas que le son asignadas, pero, nos dice Häberle, dentro de las funciones de la Constitución, una de ellas es la de establecer límites, la

²⁹ Ibidem, p. 208.

³⁰ Ibidem, p. 3.

³¹ Ibidem, p. 5.

³² Ibidem, p. 115.

limitación del poder, impedir el abuso del poder. En un Estado constitucional las tareas son limitadas, se circunscriben a la libertad de los individuos.³³

Ahora bien, nos dice Häberle, debemos tener presente que la Constitución no puede ser un cúmulo de tareas detalladas para el Estado. La Norma Fundamental sólo debe concretarse a establecer los lineamientos generales, y es tarea posterior reglamentar lo establecido por la Constitución, esto con el objeto de no obstaculizar, en exceso, la innovación por parte del proceso político.³⁴

Respecto a la interpretación constitucional, señala Häberle, que básicamente hasta el momento la teoría de la interpretación constitucional se ha planteado dos cuestiones: la función y los métodos de la interpretación constitucional. Se ha descuidado, nos dice el autor, lo referente a quien hace la interpretación constitucional. Para Häberle, es amplia la gama de intérpretes de la Constitución. Si queremos hacer efectiva la relación entre Constitución y realidad constitucional, debemos poner énfasis en quienes participan en la configuración de la realidad constitucional. Siendo así, para el jurista alemán, en el proceso de interpretación constitucional se encuentran incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos. Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido enfocada hacia los intérpretes constitucionales jurídicos y quienes participan en el proceso constitucional; pero la interpretación constitucional va más allá, es un asunto de todos los poderes públicos y de la

³³ Ibidem, pp. 120 y ss; Cabría citar las palabras de Manuel Azaña: "la libertad no hace más felices a los hombres, los hace, simplemente, hombres", en Serrano Migallón, Fernando. *Cabos sueltos*, México, Porrúa, 2001, p. 201.

³⁴ Ibidem, p. 252.

sociedad, al ser ésta quien constituye a la Norma Fundamental. Nos dice Häberle, quien "vive" la norma, también la interpreta. Sin embargo, comenta, los ciudadanos, órganos del Estado, opinión pública como intérpretes de la constitución en sentido amplio, actúan como intérpretes previos; la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de última instancia.

Podría objetarse que este sentido amplio de interpretación constitucional desembocara en una multiplicidad de diversas interpretaciones como de intérpretes, lo que nos conduciría a preguntarnos sobre la legitimidad de los mismos, es decir, la cuestión de la legitimación se presenta en cuanto a todos aquellos que no han sido designados por la Constitución. Tienen facultad para interpretar la Constitución quienes así lo designe la Constitución, quienes estén sujetos a la Constitución y deban hacerla cumplir; pero debemos tener presente que los ciudadanos, partidos políticos, grupos, aunque en distinta forma, también están sujetos a la Constitución.

Haciendo referencia a otro aspecto del Estado constitucional, nos dice Häberle, que el Estado constitucional es base para alcanzar la justicia. Las referencias a la idea de justicia en los textos constitucionales, a comparación de las cláusulas del bien común y los artículos sobre las tareas del Estado, son de forma muy dispersa. Por lo general, el principio de justicia se encuentra en el preámbulo de las constituciones, o bien, en contextos diversos como en los objetivos del Estado, derechos fundamentales, fines educativos, incluso, en el establecimiento del orden económico y social. Se podría entonces hablar de la justicia como "elemento

vagabundo" en la estructura del Estado constitucional. Sin embargo, no por esto, podemos dejar al margen la idea de que el tipo de Estado constitucional establece el camino hacia la justicia.³⁵

En cuanto a la justicia constitucional, expresa Häberle, el surgimiento de la jurisdicción constitucional pertenece a los elementos del Estado constitucional.³⁶ La defensa de la Constitución es una cuestión que le concierne a todos los ciudadanos. Incluso, el jurista alemán manifiesta que no solamente a todos los ciudadanos, que interponen recursos constitucionales, y los órganos estatales, que están sujetos a la Constitución, tienen que defenderla, sino también continuar su desarrollo. Esta misma idea se encuentra también en el jurista alemán Faller³⁷, al considerar que el guardián de la Constitución no solo debe ser el tribunal constitucional³⁸, sino todos los ciudadanos. Para Faller, existen fuerzas anticonstitucionales que puedan atacar al Texto Fundamental. Puede suceder que el legislador pretenda imponer su voluntad y reformar, por ejemplo, la ley referente al tribunal constitucional (o realizar una reforma constitucional si fuera necesario) para acotar sus facultades, o en su caso suprimirlo por completo. Ante estas circunstancias, que el autor los llama "ataques revolucionarios", es necesaria la participación de todos los ciudadanos. Pero, para que los ciudadanos sean

³⁵ Ibidem, pp. 270 y ss.

³⁶ Ibidem, p. 175.

³⁷ FALLER, Hans Joachim. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 7, enero-febrero 1979, p. 67.

³⁸ De acuerdo con Pedro de Vega los tribunales constitucionales aparecen 'como vigilantes y guardianes de la voluntad soberana del pueblo, coronando la estructura del Estado constitucional moderno'. "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 36.

guardianes de la Constitución es necesario que reconozcan el valor de su Constitución, se sientan inmiscuidos en el proyecto constitucional. A su vez, el mismo Faller señala la importancia que para un Estado constitucional ejerce la jurisdicción constitucional al defender la Constitución, por el papel que juega, a través de sus decisiones, de incorporar la realidad social para evitar el cúmulo de tensiones sociales. El control de constitucionalidad, al proteger a la Constitución, facilita la adecuación de ésta a los cambios efectuados, garantizando así, su efectividad.³⁹ Es ésta, también, una función importante de defensa constitucional.

Son variados los medios que se han establecido en los textos constitucionales para la protección de la Constitución. No obstante, de acuerdo con Häberle, la inclusión de mecanismos jurídicos de defensa constitucional no es suficiente, puesto que éstos sólo serán efectivos si toman en cuenta el ámbito cultural de un pueblo, sus experiencias y esperanzas, así como, también, la Constitución desarrolle su fuerza normativa.⁴⁰

Por último, Häberle señala que debe ser una constante para toda doctrina constitucional, tener una política constitucional encargada de la configuración y desarrollo progresivo de una Constitución propia de un tipo de Estado constitucional.⁴¹ Ahora bien, nos advierte que esta política constitucional puede tener un duro tropiezo en los países en desarrollo al momento de enfrentar la pobre

³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER, Miguel. "El Tribunal constitucional español", *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 8: *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, UNAM, 1994, p. 19.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, op. cit., pp. 286 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 301 y ss.

OMISIONES LEGISLATIVAS

realidad. Los riesgos que corren estos países en alcanzar un Estado constitucional son evidentes, ya que los textos constitucionales pueden ser descartados por su falta de credibilidad, como simples promesas o incluso utopías, lo que dañaría la idea misma del Estado constitucional.⁴²

⁴² *Ibidem*, p. 10.

1.4 ESTADO DE DERECHO

No existe un concepto unívoco de lo que se debe de entender por Estado de Derecho. Posiblemente se deba *"porque todo el mundo se siente inclinado a introducir en él sus ideales jurídicos"*⁴³; además, siendo uno de los conceptos capitales del constitucionalismo moderno es frecuente su utilización, por lo que se corre el riesgo de desvirtuar su contenido o su sentido.⁴⁴ Esperando que en nuestro trabajo no sea así, lo que sí no debemos descuidar es la esencia del Estado de derecho: la racionalización del ejercicio del poder.⁴⁵

Diego Valadés identifica al Estado de derecho como:

*"la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos".*⁴⁶

El concepto de Estado de derecho surge en una época en la que el Estado era caracterizado por ser absoluto, por carecer de libertades, existía concentración del poder y era común la irresponsabilidad de los titulares de los órganos de poder. De acuerdo con el nuevo Estado de derecho se ataca la concentración del poder y

⁴³ OTTO MAYER citado por Perez Royo, Javier. "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social", *Revista española de derecho constitucional*, España, núm. 10, 1984, p. 159.

⁴⁴ CAVERO LATAILLADE, Iñigo y ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomás. *Introducción al derecho constitucional*, España, Editorial Universitas, 1995, p. 139.

⁴⁵ VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002, p. 8.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 7.

surge la teoría de la división de poderes. El Estado tendrá límites en su actuación; así como, también, se empieza a reconocer ciertos derechos individuales (principalmente de acuerdo con los intereses de los burgueses: propiedad y libertad).

Entre los factores que ubica Enrique Álvarez⁴⁷, como origen del naciente modelo de Estado, son la crisis del absolutismo y la génesis del liberalismo, presentando características muy relevantes en cada país, pero teniendo en común, el surgimiento de la burguesía que detentaba el dominio del sector económico.

El autor, establece una serie de caracteres comunes al Estado liberal:

1) es un Estado abstencionista que no está legitimado para alterar el orden natural de las cosas; la sociedad y la economía tienen su propia dinámica. Debe limitar lo menos posible al individuo;

2) es un Estado nacional, es decir, frente al absolutismo, en el cual, el Estado era representado por el rey, ahora lo será por la nación (pero no entendida esta como el conjunto de ciudadanos, sino una clase social determinada: la burguesía).

El fin primordial de un Estado de derecho es la libertad, garantizarla ante el posible abuso de poder del Estado⁴⁸. Según Schneider, y con base en la Ley Fundamental de Alemania, se entiende por Estado de derecho *"un sistema de principio y reglas procesales según las cuales se crea y perfecciona el*

⁴⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*, 2ª. ed., España, Tecnos, 1992, vol. I, pp. 51-55.

⁴⁸ CAVERO LATAILLADE, Iñigo y ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomás. *Introducción al derecho constitucional*, op. cit., p. 165.

ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo a la libertad".⁴⁹

Ahora bien, el Estado de derecho se caracteriza por la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio de poder. No hay que olvidar, como bien apunta Diego Valadés⁵⁰, que si bien el Estado de derecho nace en contraposición al Estado absolutista, ambos tienen en común la supremacía de la constitución. Lo que cambia es la fuente de la norma. De acuerdo al Estado absoluto, era el propio monarca quien creaba y ejecutaba la norma, situación que cambia con el tipo de Estado liberal, puesto que esa facultad del monarca de crear la ley, pasa al Parlamento.

Debemos tener presente que no es suficiente concebir al Estado de derecho sólo como la sujeción de los órganos de poder a la Constitución, en razón de que esto podría desembocar, como sucedió, en estados totalitarios caracterizados por la supresión de libertades. Los ordenes totalitarios, con todo lo que implica este tipo de regímenes, se consideraban como estados de derecho, en virtud de que se sujetaban a instrumentos jurídicos. De ahí, que no baste sólo la sujeción de los órganos de poder a la norma, sino es necesario la legitimidad de esos órganos y la creación de un ordenamiento jurídico de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Constitución.

⁴⁹ SCHNEIDER, Hans-Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista de estudios políticos*. España, núm. 7, enero-febrero 1979, p. 23.

⁵⁰ VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, op. cit., p. 9.

Otra cuestión inseparable del concepto Estado de derecho se traduce en que no sólo los actos del gobierno están sujetos a lo ordenado por los instrumentos jurídicos, sino también los del legislador. Según Rafael Bielsa *"el principio de Estado de derecho alcanzó un relieve mayor gracias a la introducción del control de normas, es decir, a través del control del legislador"*.⁵¹

Por otra parte, es a finales del siglo XIX cuando se gesta el origen del nuevo modelo estatal: el Estado social de derecho, fundado como respuesta a las nuevas exigencias sociales: alcanzar una mayor igualdad socioeconómica entre los ciudadanos.

Como dice Reinhard Kühnl, *"el Estado liberal, que se había limitado a salvaguardar la base de la sociedad burguesa, de la propiedad privada y a fijar las normas generales que debían regular las relaciones recíprocas entre los sujetos económicos, sin inmiscuirse, por los demás, en el funcionamiento de la economía y de la sociedad, era ahora incapaz de hacer frente y resolver nuevos problemas"*⁵² que eran en resumen, el progresivo desarrollo capital monopolista y el continuo crecimiento del proletariado.⁵³

Es con las constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919) que se constató que el Estado de derecho no es capaz de satisfacer las demandas sociales de las distintas clases de la sociedad, producto de la desigualdad económica creada

⁵¹ ARNOLD, Rainer. "El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX. Desarrollo y perspectivas", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial Grijley, 2002, p. 30.

⁵² Citado por ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*, op. cit., p. 100.

⁵³ Idem.

por la igualdad formal ante la ley estatuida por el antiguo régimen liberal.⁵⁴ Lo que se buscaba con el Estado social de derecho era permitir a las clases más desprotegidas alcanzar un cierto equilibrio con la burguesía. Se planteaba, entre otras cosas, la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía, limitara la propiedad privada, o bien, estableciera normas laborales.

De acuerdo con el Estado social de derecho, el Estado asume el papel de prestador de servicios sociales, reflejándose en las constituciones el establecimiento de las llamadas normas programáticas. Alfonso Noriega recoge esta idea del papel activo que debe tener el Estado, en un Estado social, cuando afirma que *“no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social, ni tan sólo a vigilar los disturbios de un mecanismo social autoregulado; si no que, por el contrario, debe convertirse en regulador decisivo del sistema social, y para ello debe imponerse la tarea de estructurar la sociedad por medio de las medidas, directas o indirectas”*.⁵⁵

Pero, sin salirnos del tema, nos preguntaríamos, de acuerdo con lo anterior, ¿es dable asignarle tareas al Estado? Gómes Canotilho afirma que el Estado tiene una serie de obligaciones que debe realizar. De acuerdo con el autor, la Constitución dirigente, como él la llama, se refiere a las tareas encomendadas al Estado. Canotilho se hace las siguientes preguntas: ¿el Estado puede tener tareas? ; y, si es así, ¿esas tareas deben estar ordenadas por la Constitución? Respecto a la primer

⁵⁴ VALADÉS, Diego. Problemas constitucionales del Estado de derecho, op. cit., p. 13.

⁵⁵ NORIEGA CANTÚ, Alfonso. *Los derechos sociales creación de la revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988, p. 47.

interrogante menciona que en un Estado constitucional es impensable que el Estado no pueda tener asignadas tareas; pero, en cuanto la segunda pregunta existe dos variantes.

Una considera que la única función del Estado es garantizar la paz y la seguridad; afirma que el Estado surgió como tipo de organización. Siendo así las cosas, a la Constitución no le compete incrementar las tareas del Estado. Pero, nos dice Canotilho, esto significaría un "*regreso a una teoría apriorística del Estado que podría esgrimirse contra la Constitución democrática*".⁵⁶

En contraposición, se encuentra la otra variante que concibe a la Constitución como directriz en las tareas del Estado, es decir, las tareas del Estado son tareas constitucionales. Pero, ahora es necesario saber si se deben establecer de forma concreta esas tareas, o bien reconocer al Estado una competencia en blanco dejándole el camino libre para la concreción de esas tareas. Lo que cabría responder, manifiesta el autor, un Estado sin un catálogo de tareas concretas, es "*un Estado materialmente deslegitimado*".⁵⁷

Concluyendo que es factible asignarle tareas al Estado, nos estamos dando cuenta que en un Estado social de derecho las cosas se complican un poco, es decir, la actitud inmóvil del Estado ya no es suficiente.⁵⁸ Así, como dice Fernando

⁵⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista española de derecho constitucional*, España, año 15, núm. 43, enero-abril de 1995, p. 16.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Sin despreciar la actitud pasiva del Estado. Como dice Quiroga Lavié "al Estado social hay que definirlo como «Estado de prestaciones» sin desmedro del «Estado de libertades»" *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, 1991, p. 77.

Vallespín, *"la supuesta coordinación entre el principio básico del Estado social y el del Estado de derecho quiebra cuando comparamos sus respectivos sistemas de garantías. Los derechos tradicionales de libertad gozan de la protección directa de la Constitución, mientras que la inmensa mayoría de los derechos sociales requieren de una regulación legal específica para ser plenamente eficaces"*.⁵⁹ Vemos, pues, que de acuerdo con el Estado social de derecho *"las constituciones no organizan simplemente la casa del poder"...*; no son meros *"documentos legales, caracterizados por mandatos y prohibiciones"*⁶⁰, sino más bien se encuentran normas de programa para la regulación de diversos sectores⁶¹, que necesitan del ulterior desarrollo por parte de órgano legislativo.

Existen autores que ponen en duda el desarrollo del Estado social de derecho. Como por ejemplo Forsthoff al iudicar que en el modelo de Estado social de derecho el Parlamento presenta una problemática. De acuerdo con el autor, el Parlamento debe cumplir dos funciones básicas: legitimar democráticamente el sistema y poseer la suficiente capacidad de actuación material y técnica en su tarea primordial que es la legislación.

En un Estado liberal ambas funciones resultan plenamente realizables, pues se desarrollan únicamente en el ámbito político; *"la legislación se refería fundamentalmente a concretar principios, ordenar creencias, regular los grandes*

⁵⁹ VALLESPÍN OÑA, Fernando. "Estado de bienestar y Constitución", *Revista del centro de estudios constitucionales*, España, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988, p. 133.

⁶⁰ SARTORI, Giovanni. "Límites de la ingeniería constitucional", México, Instituto Federal Electoral, 1999, colección: "Temas de la democracia", serie: Conferencias magistrales, núm. 9, p. 9.

⁶¹ BIN, Roberto. *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1988, p. 4.

intereses comunes".⁶² Pero, en el Estado social, precisamente la problemática se presenta porque, en cuanto a la segunda función de los parlamentos, "*la función legisladora, es técnica, especializada y múltiple*".⁶³

De acuerdo con lo antedicho, continua el autor, supondría que la tarea de legislar únicamente la realizarían los expertos. Pero, nos dice Forsthoff, si se eligen a sólo expertos puede tener como consecuencia el debilitamiento de la primera función del Parlamento, la de legitimación. Por lo que, comenta, lo que se hace comúnmente es dar primacía a la primer función, utilizando un procedimiento de selección que no garantiza la función legislativa.

A su vez, también, el mismo Forsthoff⁶⁴ cuestiona al Estado social de derecho al identificar problemas de relación entre este tipo de modelo de Estado y el anterior Estado liberal de derecho. Indica que el Estado social significa una serie de prestaciones que conlleva a una dependencia de la sociedad con relación a esos servicios proporcionados por el Estado, en contraposición con lo estipulado por el Estado liberal que se traduce en un ámbito de libertades para la población; la relación del Estado con el gobernado es mínima, aquel sólo tiene un papel pasivo, salvaguardar la libertad del individuo. Sin embargo, el propio autor, años después, expresó que esa tensión entre ambos tipos de Estado puede verse reducida con la presencia de instituciones democráticas.

⁶² Citado por Cabo Martín, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997, p. 140.

⁶³ Idem

⁶⁴ Citado por Valadés, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, op. cit., p. 16 y ss.

De esta forma nos trasladamos a un Estado social y democrático de derecho. La Ley Fundamental de Bonn, de 1949, fue la primera Constitución en establecer el concepto de Estado de derecho democrático y social. Este modelo de Estado está caracterizado por la protección de los derechos de participación política de los ciudadanos, además, está presente la idea del pluralismo. Es característica de este modelo de Estado la participación de la sociedad que reditúa en un mayor control en el ejercicio del poder.⁶⁵

⁶⁵ Ibidem, p. 18.

CAPÍTULO SEGUNDO
INACTIVIDAD LEGISLATIVA

2.1 OMISIONES LEGISLATIVAS

Una vez que partimos de considerar a la Constitución como norma jurídica, de analizar una de sus características principales, la de supremacía ante todas las normas del sistema, y de que en un Estado de derecho todos los órganos del poder deben acatar lo ordenado por la Norma Fundamental, en este apartado analizaremos que el órgano legislativo no solamente puede vulnerar a la Constitución emitiendo normas inconstitucionales sino, también, al no crear las normas necesarias para el debido desenvolvimiento de la Carta Magna.

La Ley Fundamental de un Estado no debe ser un código que abarque a detalle todos los ámbitos que desea regular sino, por el contrario, sólo marcar los lineamientos generales y trasladarle la obligación de detallar sus preceptos al legislador ordinario.

Las omisiones legislativas no hacen referencia a una contradicción de una norma con lo dispuesto por la Constitución, sino a los casos en que el legislador no regula lo ordenado por la Norma Básica, pudiendo ser esta ausencia normativa contraria a la Constitución. Puede resultar más fácil declarar que la ley transgrede la Constitución que determinar los efectos de una omisión legislativa pero, es plenamente sabido que se vulnera la Constitución cuando se hace lo que ella prohíbe y cuando no se hace lo que ella manda.

Ahora bien, es oportuno indicar que el tipo de inconstitucionalidad por omisión a la que hacemos referencia en este trabajo es sólo a la omisión del legislador ante

el desarrollo de normas constitucionales, dejando a un lado la reglamentación de las leyes o cualquier tipo de omisión de otro órgano de poder respecto de lo ordenado por la Constitución.

Mencionamos esto porque tiende a identificarse a la inconstitucionalidad por omisión como equivalente de omisión legislativa. De acuerdo con nuestro parecer, toda omisión legislativa (la omisión del legislador ante lo ordenado por la Constitución) es una inconstitucionalidad por omisión, pero no toda inconstitucionalidad por omisión se debe a la omisión del legislador. La inconstitucionalidad por omisión es el género y la omisión legislativa es la especie.

Cualquier órgano de poder está en la posibilidad de omitir lo ordenado por la Constitución (por ejemplo, la Constitución le ordena al Presidente de la República proveer la exacta observancia de las leyes que expida el Congreso. En este caso, también puede configurarse una inconstitucionalidad por omisión si el Poder Ejecutivo no lleva a cabo lo ordenado por la Constitución), pero el único que puede desarrollar lo establecido por ella es el órgano legislativo.⁶⁶

La diferencia entre la inconstitucionalidad por omisión en su sentido general (omisión de cualquier órgano de actuar ante una obligación constitucional), y la inconstitucionalidad por omisiones legislativas (omisión del legislador del desarrollo de la Constitución) estriba en cuanto al tipo de control que se puede

⁶⁶ De acuerdo con Manuel Aragón, el principio democrático obliga a considerar al órgano representativo del pueblo, es decir, al legislador, como único poder constituido capaz de "realizar" normativamente la Constitución, es decir, para colmar mediante normas jurídicas los vacíos que dejó el constituyente. Sin embargo, el propio autor considera que se puede correr el riesgo de la inactividad del legislador, por lo que se hace necesario su corrección y prevención contra ese riesgo. *Constitución, democracia y control*, op. cit., p. 68.

ejercer. Tratándose de las omisiones legislativas, *"lo que se controla no es la inactividad del legislador, sino las consecuencias jurídicas de su inactividad"*⁶⁷, es decir, no es factible que se le pudiera fincar algún tipo de responsabilidad al órgano legislativo, o bien ordenarle a realizar la conducta omisa; mientras que tratándose del Poder Ejecutivo sí se le podría fincar algún tipo de responsabilidad política por omitir lo ordenado en la Norma Fundamental.

Nos explicamos aun más haciendo referencia a lo dicho por algunos autores. Bidart Campos⁶⁸ considera que la inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando un órgano de poder se encuentra obligado a realizar el ejercicio de una competencia ordenada por la Constitución y éste omite realizarla. A su vez, Pinto Ferreira menciona que *"la inconstitucionalidad por omisión ocurre cuando el Poder Público no realiza los actos legislativos o ejecutivos necesarios e indispensables para tornar aplicables las normas constitucionales"*.⁶⁹ En ambos casos, se identifica a la inconstitucionalidad por omisión (en su aspecto general) a la actitud pasiva de cualquier órgano de poder. Tanto para Bidart Campos como para Ferreira la inconstitucionalidad por omisión hace referencia a la omisión de cualquier ente de poder público.

⁶⁷ VILLAYERDE, Ignacio. "La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, p. 73.

⁶⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico*, México, núm. VI, 1979, p. 9.

⁶⁹ PINTO FERREIRA, Luiz. "A jurisdição constitucionale o controle da constitucionalidade das leis", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos), Perú, Editorial Grijley, 2002, p. 183.

OMISIONES LEGISLATIVAS

Por su parte Gomes Canotilho identifica a las omisiones legislativas (el aspecto específico que a nosotros nos interesa estudiar) cuando *"el legislador no hace algo que positivamente le es impuesto por la Constitución"*, aclarando, que *"no se trata... de un simple no hacer; sino, de un no hacer aquello a lo que, de forma concreta y explícita, está constitucionalmente obligado"*.⁷⁰ Vemos, pues, con esta precisión que nos proporciona Canotilho de omisiones legislativas, la diferencia entre una omisión de cualquier órgano de poder (inconstitucionalidad por omisión en su aspecto general), y la omisión del Poder Legislativo (omisiones legislativas), siendo este caso cuando el legislador no realiza la tarea encomendada por la Constitución.

La importancia de las omisiones legislativas radica en que si el legislador no realiza el encargo de dictar la norma que desarrolle a la Constitución, lo contenido en ella puede verse postergado si al momento de invocarse ante al órgano encargado de su efectividad alegara su inaplicabilidad por falta de norma reglamentaria. De esta suerte, si a la Constitución puede ultrajarse su condición de norma jurídica por la ausencia de normas de desarrollo, también se afectará su principio de ser norma suprema. Por esto, en todo Estado constitucional es deber del órgano encargado de la defensa de la Constitución solicitar al legislador a

⁷⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 331.

adoptar las leyes apropiadas para que garantice los valores contenidos en la Constitución.⁷¹

¿Qué opciones tiene un tribunal constitucional para resarcir el daño causado a la Constitución por una omisión del legislador? Lo ideal sería que invitara al legislador a realizar su tarea y fuera él mismo quien integrara la omisión legislativa. Empero, se corre el riesgo de que el legislador permanezca estático y las cosas continúen igual. En estos casos, se podría considerar la posibilidad de que el tribunal constitucional integrara la omisión, pero sólo con efectos particulares. No sería válido concebir que el tribunal constitucional pudiera integrar una norma con efectos generales, porque se correría el riesgo de una notable invasión de facultades al Poder Legislativo.

Sin embargo, a pesar de las opciones anteriores, debemos tener presente de que puede darse el caso en que la omisión no sólo consista en la ausencia de normas que impidan el desenvolvimiento de preceptos constitucionales, sino que tal ausencia de normas no desarrollen organismos o instituciones necesarias para hacer efectivos ciertas prestaciones reconocidas en las constituciones (seguridad social, salud, educación), por lo que, en estos supuestos, se pensaría en una indemnización por causa de la omisión. Es decir, nada se lograría si el órgano encargado del control constitucional declarara que una determinada persona tiene derecho a una prestación y llenara la laguna legislativa si el Estado no ha llevado a cabo la infraestructura necesaria para el goce de lo dispuesto en la Constitución.

⁷¹ ARNOLD, Rainer. "El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX. Desarrollo y perspectivas", op. cit., p. 29.

Como se puede ver, son distintos los caminos a seguir para reparar una omisión legislativa. El camino o los caminos a adoptar dependerán de las condiciones político-económicas de cada Estado. Sin embargo, consideramos que la senda más apropiada es que el órgano de justicia constitucional sólo inste al legislador a llenar la laguna legislativa, a excepción de que la omisión afectara el ejercicio de un derecho fundamental, situación ésta en donde se facultara al propio órgano fiscalizador de integrar la omisión (sólo para el caso en particular), sin dejar, claro está, de llamarle la atención al legislador para que realice el mandato de la Constitución.

Independientemente del camino a adoptar lo importante es que la Constitución no pierda su fuerza normativa, que no deje de ser aplicada por falta de normas de desarrollo. El tribunal constitucional debe tener los medios idóneos para mantener la supremacía de la Constitución y, de esta forma, contar con la acción idónea para reparar el daño causado por la omisión del legislador. Es contra los principios del Estado de derecho el no aplicar la Ley Fundamental por ausencia de normas de desarrollo. La Constitución no puede perder su condición de norma jurídica por la inactividad del legislador.

2.1.1 OMISIONES RELATIVAS Y ABSOLUTAS

El principal impulso para el desenvolvimiento de la Norma Fundamental son los mandatos que ella misma le impone al legislador para el desarrollo de sus preceptos. Sin embargo, resulta interesante la observación que hace Inés Rojas al

mencionar que *"no es sólo la norma superior la que puede obligar a normar una situación: la evolución social y las concepciones ideológicas, políticas o constitucionales pueden determinar también la necesidad de una regulación normativa a lo cual no responde el legislador"*.⁷² Estamos en presencia de un vacío producido por el cambio social al cual no actuado el legislador.

Algo similar también lo encontramos en Víctor Bazán cuando menciona a las normas de prognosis como normas que ya no se adecuan a las circunstancias actuales, por lo que se hace necesario actualizarlas para que adquieran de nuevo valor. En estos casos, cabe la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador en mejorar o corregir tales normas de prognosis. La omisión no se centra ya en la ausencia total o parcial de la norma, sino en la falta de adaptación de la existente.⁷³

Nos encontramos, pues, en que puede haber una omisión legislativa absoluta o parcial. De acuerdo con la división realizada por Wessel⁷⁴, las omisiones absolutas refieren a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional, mientras que las relativas aluden a la vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación. Como lo precisa Villaverde, el caso de las omisiones relativas tiene que ver o se identifica con *"los típicos casos de leyes que regulan a un determinado grupo de personas, pero no contemplan a otros grupos*

⁷² ROJAS CHAVES, Magda Inés. "Control de constitucionalidad por omisión", *Revista de derecho constitucional*, Costa Rica, núm. 2, mayo-agosto de 1991, p. 11.

⁷³ BAZÁN, Víctor. "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales", en Bazán, Víctor (coord), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997, p. 56.

⁷⁴ Citado por Fernández Rodríguez, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*, España, Civitas, 1998, p. 114.

que se encuentran en las mismas condiciones o que tiene características similares, sin una razón que lo justifique".⁷⁵

Las omisiones absolutas se presentan cuando el legislador ha descuidado por completo su tarea de legislar lo ordenado por la Constitución, situación distinta con las omisiones relativas que se dan cuando el legislador ya ha reglamentado algún precepto constitucional pero lo hizo incorrectamente, es decir, es inconstitucional el desarrollo del mandato por no abarcar todos los supuestos exigidos por la Constitución.

2.1.2 SENTENCIAS ADITIVAS

La anterior distinción entre omisiones absolutas y relativas nos sirve para comprender el fenómeno de las sentencias aditivas. Precisamente tratándose de omisiones relativas, las sentencias aditivas refieren a los casos en que el propio tribunal constitucional, al momento en que se le presenta un caso de inconstitucionalidad de una ley por no prever los supuestos exigidos por la Constitución, y éste la declara inconstitucional, extiende los supuestos no contemplados por la ley. Esta técnica ha sido muy frecuente en Italia, Alemania, España como remedio frente a las omisiones relativas del legislador porque aun cuando no prevén estos estados de forma positiva la inconstitucionalidad por omisión, sus respectivos tribunales constitucionales, al declarar que una ley es

⁷⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore", *Giurisprudenza costituzionale*, Italia, año 1996, núm. 6, p. 3973.

inconstitucional por no incluir algo que constitucionalmente debería de prever, expanden los supuestos no incluidos en la ley declarada inconstitucional.

Un problema básico de las sentencias aditivas es su legitimidad constitucional. Se llega a considerar que este tipo de sentencias invade la esfera de competencia del legislador al expandir los supuestos contemplados en una ley. Para esto, se ha aceptado como una forma de disminuir el posible conflicto de poderes el hecho de que las sentencias aditivas sólo deben incluir los supuestos que la Constitución así desea, y no ir más allá de lo establecido por ella. Además, el tribunal constitucional no puede quedarse corto en esa labor expansiva y no abarcar todos los supuestos exigidos por la Ley fundamental, es decir, no debe existir discrecionalidad para incluir los supuestos que constitucionalmente tuvieron que haberse incluido.⁷⁶

En el caso, pues, de las sentencias aditivas se presenta la interrogante de que tan válido es que los jueces puedan crear derecho. En este sentido, podemos recurrir a grandes expositores del derecho que han tratado este tema con singular precisión.

Por ejemplo, Hart expresa que *"en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales... el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso"*.⁷⁷ Empero, considera que ese poder jurídico creador es diferente al de una legislatura. El juez está sometido a muchas

⁷⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", *Revista española de derecho constitucional*, España, año 21, núm. 61, enero-abril de 2001, p. 114.

⁷⁷ H.L.A. Hart. *Post scriptum al concepto de derecho*, Editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 54.

restricciones que estrechan sus opciones, de las cuales el legislador se encuentra libre; además, el juez sólo puede ejercer dicha facultad para casos particulares y, por supuesto, no puede hacerlo arbitrariamente, es decir, debe tener alguna razón que justifique su resolución, además de actuar como un legislador consciente lo haría.⁷⁸ Sin embargo, en las antípodas de Hart, Dworkin manifiesta su negativa de que los tribunales tengan discreción judicial para poder decidir casos no completamente regulados por el derecho existente.⁷⁹

De acuerdo con estos dos autores, nos damos cuenta de que no hay un criterio unívoco respecto a la facultad integradora de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, la Constitución está llamado al cambio y es tarea del tribunal constitucional, a través de sus decisiones, evolucionarla. Sin lugar a dudas, la actividad de los órganos de justicia constitucional es juzgar y no legislar. Empero, les incumbe interpretar y fijar el sentido de la Norma Básica, tarea ésta que incluye una facultad creadora del derecho. Diversos preceptos constitucionales (programáticos) son concretizados mediante esta labor.⁸⁰

Ahora bien, un tribunal constitucional debe tener en consideración, al momento de emitir una sentencia aditiva, el principio de responsabilidad, característico de cualquier órgano de control, debiendo actuar dentro de la esfera de su competencia, sin exceso ni defecto.⁸¹ En este sentido, en interés de la seguridad jurídica, la

⁷⁸ Ibidem p. 56.

⁷⁹ Ibidem p. 55.

⁸⁰ FALLER, Hans Joachim. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania, op. cit., p. 55 y ss.

⁸¹ VALADÉS, Diego. *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, p. 65.

autolimitación del tribunal constitucional desempeña un papel muy importante, la cual, *“es la principal garantía de respeto al legislador. Pero ésta, no sólo juega a favor de aquél, sino que, asimismo, la autolimitación del Tribunal va a favor de su propia autoridad, que, en última instancia, es lo que asegura la sujeción del legislador a las sentencias del Tribunal Constitucional”*⁸².

2.1.3 CONFLICTO DE PODERES

Una de las cuestiones más debatidas en el tema de las omisiones legislativas es lo concerniente al conflicto de poderes que pudiera surgir al admitir este instituto. Existe un cierto recelo en aceptar que el órgano de justicia constitucional pueda controlar las conductas del legislador. Pareciera que al otorgarle facultades al tribunal constitucional para controlar las omisiones del legislador se lesionaría gravemente el principio de división de poderes, argumentando que, en su carácter de soberano, se viola la discrecionalidad del Poder Legislativo.

A este respecto, Francisco Fernández Segado manifiesta que *“frente al incumplimiento de los principios o normas constitucionales que reclaman para su plena operatividad de una actuación positiva del órgano legislativo, ni puede ser aducida la falta de medio de coerción aptos para doblegar la voluntad del órgano que omite su obligación legislativa, ni tampoco cabe aludir, para no censurar la*

⁸² PIBERNAT DOMENECH, Xavier. “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *Revista de derecho político*, España, núm. 24, p. 83.

omisión, a la discrecionalidad del legislador"⁸³, de ahí que "*el dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución*".⁸⁴

Luis Aguiar manifiesta que, "*en efecto, admitir que el órgano de justicia constitucional pueda controlar el modo a través del cual las Cámaras desarrollan su labor de producción legislativa, entraña una evidente intromisión en la tradicional autonomía parlamentaria*".⁸⁵ Sin embargo, menciona, que aun cuando se corren riesgos, no se puede admitir, en las democracias parlamentarias, la no subordinación del órgano parlamentario a lo ordenado por la Constitución. Además, "*la autonomía parlamentaria, como principio rector del Derecho Parlamentario, tenía su razón de ser en un sistema político-constitucional presidido por la tensión dialéctica Legislativo-Ejecutivo, o más precisamente como conquista histórica de un ámbito de no injerencia de la Corona en el funcionamiento de la institución parlamentaria*".⁸⁶

Inclusive, la teoría de la división de poderes tal como lo concibió Montesquieu:

"es irrealizable, porque, al exigir que cada función material de la potestad estatal sea concedida en su totalidad a un órgano o a un grupo de autoridades especial, independientemente, que actué libre y hasta soberanamente dentro de su propia esfera de competencia, y que constituya

⁸³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997, p. 12.

⁸⁴ *Ibidem*, p.13.

⁸⁵ AGUIAR DE LUQUE, Luis. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de derecho político*, España, núm. 24, p. 17.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 18.

así orgánicamente un poder igual a los otros dos, la teoría de Montesquieu implica una división de poderes que no sólo paralizaría la potestad del Estado, sino que además arruinaría su unidad".⁸⁷

Por otra parte, *"desactualizada está la tesis, por lo general mal interpretada cuando no mal conocida, de que los poderes son muchos y de que además se dividen. El poder es uno y, para su ejercicio se da no más que una separación funcional. Pensar en una fragmentación del poder es un contrasentido. Poder dividido no es poder".⁸⁸*

La antigua configuración teórica de la división de poderes ha sufrido profundas modificaciones. El maestro Joaquín Cubas⁸⁹ nos expone el ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español donde ha dicho que el principio de que cada función estatal debe ser ejercida por un solo órgano se ha transformado en una colaboración de poderes. En la sentencia 77/1983 el tribunal estableció: "un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado..., no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable..."

No es concebible que cada órgano de poder sea autárquico sino, por el contrario, debe existir una sinergia entre ellos para un mejor desenvolvimiento y control del poder. Es más, con la presencia de los órganos de justicia constitucional el

⁸⁷ CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Facultad de Derecho, UNAM, 1998, p. 835.

⁸⁸ VALADÉS, Diego. *Constitución y política*, 2ª. ed., México, UNAM, 1994, p. 304.

⁸⁹ CUBAS, Joaquín. *La democracia y el Tribunal Constitucional*, España, Ediciones Alfons el Magnànim, 1996, pp. 138-141.

concepto tajante de división de poderes toma un nuevo cariz⁹⁰, al grado de que no se descarta la posibilidad de que aquellos intervengan, en ocasiones, en el proceso político, frenándolo jurídicamente.

Lo anterior ha dado lugar a la crítica del "gobierno de los jueces".⁹¹ Sin embargo, como nos dice Víctor Bazán, "*debería despejarse el temor por la falacia de la «dictadura o gobierno de los jueces»*", pues "*a todos ellos viene dispensada la ardua tarea de controlar la incolumidad de la supremacía de la Constitución, que puede resultar quebrada por acción u omisión*".⁹² Con esto se podría rebatir que se esta aquilatando en demasía la función ejercida por el juez constitucional pero, como dice Bidart Campos "*nunca hay demasía cuando está en juego la fuerza normativa de la Constitución*".⁹³

2.1.4 PERIODO PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD

Un factor importante a considerar en el tema de las omisiones legislativas es el tiempo necesario para considerar que el legislador ha incurrido en una omisión inconstitucional. Hay autores, como Hernández Valle, que consideran al tiempo como un criterio jurídico no importante para definir si una omisión es susceptible

⁹⁰ SCHNEIDER, Hans-Peter. "La jurisdicción constitucional y separación de poderes", *Revista española de derecho constitucional*, España, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, p. 35.

⁹¹ ARNOLD, Rainer. "El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX. Desarrollo y perspectivas", op. cit., p. 31.

⁹² BAZÁN, Víctor. "Nuevamente sobre las omisiones inconstitucionales", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial. Grijley, 2002, p. 142.

⁹³ BIDART CAMPOS, Germán J. "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales", op. cit., p. 4.

de ser impugnada por vicios de inconstitucionalidad. Sólo basta la existencia de la omisión sin que tenga transcendencia el tiempo transcurrido.⁹⁴

Sin embargo, en opinión de José Julio Fernández⁹⁵, para que se pueda concretar una omisión legislativa debe transcurrir un tiempo excesivamente largo. Para declarar la inconstitucionalidad de la omisión será cuestión del órgano fiscalizador determinar, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, si ha transcurrido o no ese periodo excesivo.

Algo similar lo encontramos en opinión de Jorge Miranda al decir que el órgano de fiscalización debe medir e interpretar el tiempo otorgado al legislador para emitir la ley y declarar la inconstitucionalidad de la omisión una vez que, ponderando todos los elementos, reconozca que el legislador no sólo podía sino que debía emitirla.⁹⁶

Existe la posibilidad que algunas constituciones establezcan los plazos para que el órgano legisferante dicte las normas. En tales condiciones, es obvio que vencido el plazo que la misma Constitución dispone se incurrirá en mora legislativa. Pero la situación se complica en el caso de que no se establezcan plazos definidos.

En tal supuesto, ¿se podría argumentar que al no señalar la Constitución un plazo para la reglamentación de sus preceptos se permite el arbitrio legislativo ilimitado?

⁹⁴ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "Los derechos prestacionales", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial. Grijley, 2002, p. 271.

⁹⁵ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 85.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. "La justicia constitucional en Portugal, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, España, 1997, p. 346.

Morón Urbina manifiesta que son dos las razones para no aceptar lo anterior. Primero, porque *“sería aceptar una dictadura congresional”* y, segundo, porque *“significaría admitir la posibilidad que normas fundamentales y jerárquicamente supremas, ... expresión soberana del poder constituyente, pueden ser postergadas en su aplicación, al infinito por un acto del poder constituido. Ello equivaldría a dejar en suspenso la Constitución hasta que la voluntad del legislador lo decidiera”*.⁹⁷ Así mismo, afirma Néstor Pedro Sagües que al omitir la Constitución fijar los plazos para que la legislatura dicte algunas leyes, no significa que *“el cuerpo legislativo tenga plazos indefinidos para efectivizar las cláusulas programáticas de cumplimiento obligatorio”*.⁹⁸

Lo que realmente debe de tomar en cuenta el órgano controlador para declarar la inconstitucionalidad, además del tiempo, es el contexto, las circunstancias por las cuales el legislador no ha realizado su encargo. Puede tratarse del caso en que el tiempo transcurrido sea poco, pero el legislador haya tenido la oportunidad de legislar. O bien, es inconcebible no declarar la infracción constitucional por el poco tiempo transcurrido cuando se afecten derechos fundamentales.

Por el contrario, puede transcurrir un exceso de tiempo y el tribunal considerar que no se han propiciado las condiciones necesarias para emitir las normas.

Existe la posibilidad de encontrar elementos que sean óbice para la actividad del

⁹⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad”, *Revista jurídica del Perú*, Perú, año XXXIX, núm. III-IV, julio-diciembre de 1998, pp. 352 y ss.

⁹⁸ SAGÜES, Néstor Pedro. “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997, p. 113.

legislador o, como los identifica Bidart Campos, derechos imposibles, es decir, *"derechos reconocidos utópica o irreflexivamente por el constituyente, al resultar en los hechos de irrealizable ejecución por carecer absolutamente el Estado de medios para cumplirlos."*⁹⁹ Es necesario, pues, que el órgano de justicia constitucional analice las circunstancias del caso en concreto para verificar si el legislador omiso tuvo las condiciones adecuadas para emanar la norma faltante.

Por último, algo relacionado con el asunto de las condiciones bajo las cuales el tribunal constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la omisión del legislador vale la pena preguntarnos si es viable aceptar la acción de inconstitucionalidad por omisión cuando el proyecto de ley se encuentra dentro del procedimiento legislativo. Miranda¹⁰⁰ considera que sería una interpretación demasiado rígida el aceptar que el tribunal constitucional admita un recurso por una omisión legislativa inconstitucional cuando la ley destinada al cumplimiento del desarrollo de la Constitución se encuentre en el seno del órgano legislativo. Sin embargo, Fernández Rodríguez considera que, además de que la decisión del tribunal constitucional pudiera agilizar los trámites, *"la apertura de un procedimiento legislativo [no] garantiza dotar de efectividad a un precepto constitucional, puesto que, primero, la norma legal puede no llegar a aprobarse;... segundo, la norma aprobada puede no dotar de operatividad al precepto*

⁹⁹ Citado por Ibidem, p. 114.

¹⁰⁰ Citado por Fernández Segado, Francisco. "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?, op. cit., p.17.

constitucional en cuestión, con lo que subsiste la infracción a la Constitución".¹⁰¹

Puede suceder que la norma que llegara a aprobarse no cumpliera con los supuestos exigidos por la Constitución.

Con lo anterior debemos tener cuidado de no darle un significado de carácter preventivo al instituto. El hecho de que se pueda aceptar la acción de inconstitucionalidad por omisión cuando la norma ausente se encuentra en proceso legislativo no significa que se pueda llegar a aceptar la acción para verificar si la norma cumple con las exigencias de la Constitución. Si bien, la inconstitucionalidad por omisión no sólo se puede interponer por la carencia de normas sino, también, por la deficiencia de las mismas, esto no se traduce en que se pueda ejercitar para constatar si un proyecto de ley, en vista de dar cumplimiento a la norma constitucional, cumple con lo establecido por la Constitución.¹⁰²

¹⁰¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 101, julio-septiembre de 1998, pp. 347 y ss.

¹⁰² MIRANDA, Jorge. "A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997, p. 168.

2.2 RESERVAS DE LEY

De acuerdo con Ricardo Guastini¹⁰³ la Constitución puede imponer a la legislación dos tipos de límites: formales (o procedimentales) y materiales (o sustanciales).

a) Los límites formales se refieren a las normas que regulan el procedimiento de elaboración de la ley. El órgano legislativo no puede legislar, si no lo hace de conformidad al procedimiento establecido por la Constitución.

b) En cuanto a los límites materiales, son las normas que vinculan el contenido de las leyes futuras. El legislador no puede aprobar leyes con cierto contenido.

Siguiendo con el autor, la Constitución puede limitar la materia de las leyes cuando establece reservas de competencia a favor de la ley misma. Al disponer una reserva de ley sólo la ley puede regular la materia en cuestión.

La Constitución cuando establece una reserva de ley impone al legislador que la reglamentación de una determinada materia sea objeto de un específico

¹⁰³ GUASTINI, Ricardo. "La Constitución como límite a la legislación" en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 235 y ss.

procedimiento, es decir, que sea fruto de una discusión política y pluralista entre los representantes de la colectividad electos por sufragio universal.¹⁰⁴

Otras de las razones por las cuales se establece la reserva de ley y, con esto, sea sólo el legislador ordinario el responsable del desarrollo constitucional se debe a que "la Constitución no puede ser un código omnicompreensivo",¹⁰⁵ además, claro está, del fundamento básico del principio de reserva de ley, la de apartar al Ejecutivo de cualquier intento de reglamentar la norma constitucional para hacer exclusiva esta tarea al órgano representativo.

También, por otra parte, el concebir a la Constitución como una norma abierta, es decir, que permite una reinterpretación constante de sí misma, que tiene una capacidad expansiva y receptiva, la cláusula de remisión a la ley permite precisamente desarrollar ese carácter abierto de la Constitución,¹⁰⁶ debido a que, en efecto, el poder constituyente impone al legislador la obligación de discutir en su seno las normas necesarias para la adecuada actualización y concretización de la Norma Fundamental.

¿Por qué analizar el tema de reservas de ley en nuestro trabajo? Precisamente, en ocasiones, las reservas de ley adquieren el carácter de verdaderos mandatos al legislador. Una reserva de ley puede ser una facultad o una obligación. En el

¹⁰⁴ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore", op. cit., p. 3986.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El sistema constitucional español" en García Belaunde et al. (coords), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 411.

¹⁰⁶ LINDE PANIAGUA, Enrique. *Constitución abierta*, Madrid, Linde Editores, 1991, pp. 11 y ss.

OMISIONES LEGISLATIVAS

primer caso se traduce en una facultad de ejecución discrecional¹⁰⁷ para el legislador de emitir la norma, mientras que si se trata de una obligación, si bien el legislador tiene reservada esa materia para su regulación, no es discrecional emitirla y, por tanto, es en estos casos cuando la reserva de ley se convierte en un mandato para el legislador o, a la inversa, como dice Luis Aguiar, los mandatos al legislador toman la forma técnica de «reservas de ley». De esta suerte, nos dice el autor, se hace más difícil la intervención por parte del tribunal constitucional en un tema constitucionalmente reservado al legislador.¹⁰⁸

Sin embargo, como se vio anteriormente, tratándose de las omisiones legislativas, y por ende de la efectividad de la Constitución, no se puede alegar conflicto de poderes. El hecho que el tribunal constitucional inste al legislador a emitir la norma necesaria para el debido desarrollo de la Ley Básica no se traduce en una invasión de facultades. El viejo y rígido concepto de reserva de ley no puede ser sustentado actualmente¹⁰⁹ como obstáculo para que el órgano de justicia constitucional pueda invitar al legislador a emitir una norma, reservada a él, para el debido cumplimiento de la Ley Fundamental. Ante la protección de la fuerza normativa de la Constitución no se puede argüir conflicto de poderes. Si bien, el legislador es el único facultado para emitir la norma de desarrollo, esto no

¹⁰⁷ No confundir con arbitrariedad. Constituye arbitrariedad la carencia de toda explicación racional, el capricho, la falta de justificación, la flagrante contradicción, falta de coherencia, falta de proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos, etc. FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 157 y ss.

¹⁰⁸ AGUIAR DE LUQUE, Luis. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", op. cit. p. 26.

¹⁰⁹ ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*, op. cit., p. 71.

OMISIONES LEGISLATIVAS

Imposibilita que se le convide a realizar su encargo. El concepto de reserva de ley se traduce en que el legislador es el único que puede emitir la norma, es una materia reservada a él, pero tratándose de los mandatos de la Constitución, no es discrecional emitir o no las normas de desarrollo. Son mandatos de la Constitución que el tribunal constitucional debe velar por su cumplimiento.

2.3 NORMAS PROGRAMÁTICAS

Un presupuesto clave para la configuración de las omisiones legislativas es la presencia de normas programáticas en la Constitución, las cuales imponen mandatos al legislador para que las desarrolle y así puedan alcanzar plena eficacia.

En ocasiones es la misma Constitución la que define claramente a las normas programáticas subordinando su eficacia a una norma dictada por el legislador ordinario.¹¹⁰ Por ejemplo, el artículo cuarto de nuestra Constitución es claro al otorgarle un mandato al legislador estableciendo que la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Otras veces, el carácter programático deriva de la generalidad de los términos como, por ejemplo, el artículo tercero al señalar que todo individuo tiene derecho a la educación.

Afonso da Silva¹¹¹ relaciona a las normas programáticas con los derechos sociales como prestaciones positivas del Estado, establecidas en las normas constitucionales, que posibilitan mejores condiciones de vida. Las normas programáticas, como veremos más adelante, han sufrido de un cierto desprestigio o críticas respecto de su efectividad. Por esto, el propio da Silva manifiesta que, si bien en la mayoría de las normas constitucionales que otorgan derechos sociales requieren de la actividad del legislador para concretarlas, no lo es así para su eficacia. De ahí que, nos dice, es preciso repensar la doctrina de las normas

¹¹⁰ SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*, op. cit., p. 93.

¹¹¹ AFONSO DA SILVA, José. "Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988" en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial Grijley, 2002, pp. 160 y ss.

programáticas.

Por su parte, Rubén Hernández Valle, en un trabajo que trata sobre los derechos prestacionales, identifica a las normas programáticas, cuyos órganos estatales receptores son especialmente los parlamentos, como *"obligaciones públicas creadas por la Constitución para satisfacer eventualmente pretensiones materiales de los ciudadanos"*. Las normas constitucionales de carácter programático establecen *"directrices, de naturaleza política, con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, determinadas prestaciones materiales a los ciudadanos"*.¹¹²

Parecería suponer, comenta Hernández Valle, que se deben tener los medios coactivos para obligar al Estado a realizar esas prestaciones, debido a que la esencia de un derecho subjetivo es precisamente exigir una conducta a la otra parte que está obligada a realizarla y, de no ser así, exigirla coactivamente por medio de los tribunales, pero nadie está obligado a lo imposible, ni siquiera el Estado. Sin embargo, nos dice el autor, es evidente que las disposiciones constitucionales tienen eficacia jurídica. Por eso, también, nos comenta que es necesario dilucidar el problema de la falta de eficacia de las normas programáticas por omisión del legislador.

Pero continuemos con la exposición de lo que se entiende por normas programáticas para luego deternos en lo referente a su eficacia. De acuerdo con

¹¹² HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "Los derechos prestacionales" op. cit., p. 258.

Zagrebelsky en la Constitución existen normas de eficacia directa e indirecta. La Constitución es la máxima fuente de derecho, por lo tanto, se le debe reconocer eficacia inmediata y directa, pero no todas las normas contenidas en la Constitución gozan del mismo valor y, así, se tiene que hay normas de eficacia directa que son las que por sí mismas regulan la situación en concreto y las normas de eficacia indirecta que requieren de una normatividad posterior para su actuación.¹¹³

Respecto de las normas de eficacia directa, nos menciona el autor, las constituciones actuales no solamente son una limitación al poder estatal, como las constituciones burguesas del siglo XIX en donde los verdaderos destinatarios de las normas constitucionales eran los poderes del Estado, sino que, aparte de esa operación "vertical", en el binomio libertad-autoridad, también operan "horizontalmente" al regular la relación entre sujetos sociales, es decir, pretenden intervenir directamente en las relaciones de la sociedad para moldearlas según sus propios preceptos. Por esto, las normas constitucionales pueden ser invocadas donde sea posible como reglas.¹¹⁴

Dentro de este tipo de normas (de eficacia directa), resulta interesante hacer referencia al caso mencionado por Sergio Torres Eyras¹¹⁵ resuelto por nuestra Suprema Corte de Justicia en 1965, debido a que es destacable como el constituyente de 1917 previó las omisiones del legislador otorgándole eficacia

¹¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. "La Constitución y sus normas", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 79.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 81.

¹¹⁵ FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio. "Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania occidental y en México", *El Foro*, México, núm. 18, 1970, p. 60.

directa a la Constitución en materia obrera y agraria. El artículo 123 inciso "A" fracción XII de la Constitución refiere al establecimiento de escuelas a cargo de negociaciones situadas fuera de las poblaciones. La Ley Federal del Trabajo omitió reglamentar este artículo, por lo que la Suprema Corte estimó que aun cuando la ley reglamentaria fuese omisa el precepto constitucional adquiría eficacia. El fundamento que tuvo la Corte para resolver este caso fue que el artículo décimo primero transitorio de la Constitución establece que, entretanto el legislador federal o local legislen sobre los asuntos obreros o agrarios, las disposiciones constitucionales que refieran a esas materias adquirirán vigor en toda la República.

Otro ejemplo más reciente es el caso, también resuelto por la Suprema Corte, donde se reconoció el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal establecido en el cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución, aun cuando no se había emitido la ley reglamentaria.¹¹⁶ En ambos casos, de acuerdo con la Suprema Corte, se estaba en presencia de normas constitucionales de eficacia directa, es decir, no era necesaria reglamentación alguna por parte del legislador para la plena eficacia de la Constitución.

Ahora bien, dentro de las normas de eficacia indirecta, de acuerdo Zagrebelsky, se encuentran tres tipos de normas: 1) constitucionales de eficacia diferida; 2) constitucionales de principio y 3) constitucionales programáticas.

¹¹⁶ Tesis CLXIV/97. Novena época. Semanario Judicial de la Federación, tomo VI, Diciembre de 1997, página 56.

1) Las primeras de ellas refieren a las "*normas de organización que necesitan una disciplina normativa posterior a la establecida por la Constitución*"¹¹⁷. Como por ejemplo, nos dice el autor, tratándose de la Cámara de Diputados y el Senado que requieren para su constitución de una ley electoral; o bien, también es el caso de la instalación del Consejo de la Judicatura que necesita de una normativa posterior para su establecimiento.

2) El segundo tipo de normas se refieren precisamente a los principios contenidos en diversas disposiciones constitucionales que necesitan de una "*posterior actividad de concreción que relacione al principio con los casos específicos*"¹¹⁸.

Podemos citar de ejemplo, en relación con el ordenamiento mexicano, el artículo 17 constitucional al establecer que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma. Esto presupone la existencia de tribunales para asegurar que a cada particular se le otorgue justicia y, de esta forma, el precepto antes citado no quede sólo en expresión verbal.

La concretización de este tipo de normas se puede llevar a cabo a través del legislador (que le corresponde primordialmente), o bien directamente por el juez. En este último supuesto se podría considerar que las normas constitucionales de principio son de eficacia directa. En efecto, el autor nos señala que en ciertos casos estos principios adquieren eficacia directa pero no siempre es muy clara la distinción cuando se requiere la intervención del legislador o cuando es

¹¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. "La Constitución y sus normas", op. cit., p. 81.

¹¹⁸ Ibidem, p. 84.

directamente aplicable por el juez. Por esto se sitúan estas normas dentro de la categoría de eficacia indirecta.

3) En cuanto a las normas constitucionales programáticas, Zagrebelsky refiere a los derechos sociales los cuales no pueden ser garantizados como los derechos clásicos del periodo liberal a través de la simple abstención del Estado sino, por el contrario, requieren de la actividad del mismo. Ha sido muy discutido la constitucionalización de este actuar del Estado. Es decir, por un lado se parte de la exigencia de tal intervención y, por la otra, la dificultad de realizarla.

De acuerdo con esto, nos dice Zagrebelsky, hay autores que critican a las normas de programa y afirman que a diferencia de las normas que son válidas de modo directo,

"las normas programáticas necesitan una mediación que depende de las posibilidades y de las conveniencias políticas que se manifiestan de vez en cuando. Por esta razón, carecen de valor jurídico y se reducen a simples proclamaciones ético-políticas jurídicamente irrelevantes. En consecuencia, las constituciones no pueden comprometerse ni comprometer jurídicamente en un programa político-social: están intrínsecamente limitadas en su alcance a las clásicas tareas: la determinación de la organización del Estado y la definición de sus límites en relación con la certidumbre de los derechos de los ciudadanos".¹¹⁹

En este sentido, comenta Zagrebelsky que, por ejemplo, respecto de los constituyentes italianos hubo quienes consideraban a las normas programáticas lejos de considerarse normas jurídicas opinando que, si bien no debían excluirse por completo del texto constitucional, sí era necesario plasmarlas en el preámbulo

¹¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. "La Constitución y sus normas", op. cit., pp. 88 y ss.

como meros principios para diferenciar la parte meramente jurídica de la Constitución.

De acuerdo con lo anterior nos topamos con otro de los argumentos que dan al traste a las normas programáticas: considerarlas como meros principios. En este sentido, Balaguer considera que existen diferencias entre ambos conceptos: los principios se refieren a los límites internos de la actividad normativa, mientras que las normas programáticas se refieren a los fines que deben perseguirse a través de esa actividad normativa.¹²⁰

Lo dicho por Balaguer no nos sirve de mucho puesto que no hace la distinción en cuanto a la eficacia de los conceptos. Independientemente de si las normas programáticas son o no meros principios, su verdadera función es la de ser plasmadas en la realidad. No sólo deben ser simples principios mediante los cuales el legislador encamine su tarea, sino que realmente se deben convertir en programas para la sociedad. El problema actual de las normas programáticas está en tomarnos en serio su reconocimiento constitucional.¹²¹ Claro es que se deben tomar en cuenta los factores necesarios para llevar a cabo esa difícil tarea, pero también es claro que deben existir las garantías necesarias para hacer efectivas las normas de programa. Es precisamente la omisión del legislador el principal óbice para la consecución de ese fin. Independientemente de las dificultades (reales) para la eficacia de las normas programáticas, no se pueden dejar al criterio del

¹²⁰ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "Constitución y ordenamiento Jurídico" en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 188.

¹²¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del centro de estudios constitucionales*, España, núm. 1, septiembre-diciembre de 1998, pp. 247 y ss.

Parlamento su desarrollo. No es paliativo el hecho de que se encuentren en rango constitucional las normas de programa sino, es deber del legislador tornarlas eficaces para el conglomerado social.

Puede parecer, pues, que existe un cierto desprestigio de las cláusulas de tipo programático por ser normas carentes de efectividad. No falla Gomes Canotilho al decir que *"la Constitución dirigente, o mejor, los textos constitucionales cargados de programaticidad"*... se encuentran en la actualidad *"bajo el mirar de muchos escarnios y maldecires"*.¹²² Uno de sus mayores críticos es Rolando Pina, quien realiza un trabajo sobre este tema precisamente después del fallo de la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania (del 29 de enero de 1969), indicando que con las normas programáticas *"se pretende vulnerar la máxima jerarquía normativa de la cláusula por medio de un argumento —la cláusula sólo tiene vigencia cuando se dicte la ley al efecto— que es violatorio de principios jurídicos básicos y, en última instancia, que implica conceder cierto grado de poder constituyente al Poder Legislativo"*.¹²³

El desprestigio de las constituciones programáticas por la falta de concretización puede que se deba al fenómeno de que el constituyente al conferir al legislador ordinario el desarrollo ulterior de diversas normas programáticas, es decir, que la Constitución le traslade a la ley ordinaria la solución de un problema supone dejar

¹²² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", op. cit., pp. 10-11.

¹²³ PINA, Rolando E. *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 25.

establecidas las bases del conflicto, no las del acuerdo, lo que puede traer como consecuencia que muchas de estas normas queden sin contenido por no alcanzarse los acuerdos necesarios -debido a que no se tienen las mismas circunstancias que dieron origen al entendimiento constitucional- para concretarlas.¹²⁴

La tendencia de establecer constituciones de carácter programático es un tema que ha propiciado su crítica, así como de su estudio en diversas obras. Por ejemplo, Néstor Pedro Sagües realiza un interesante análisis respecto la relación entre, lo que denomina, la "Constitución-contrato" (una especie de convenio con una escueta y realista descripción de derechos, cuyos beneficiarios pueden exigir su cumplimiento al Gobierno y a particulares) y el desarrollo económico-político, y entre la "Constitución -promesa" (que contiene una declaración de aspiraciones inexigibles jurídicamente, volcadas hacia un incierto y hasta remoto porvenir) y el subdesarrollo. A partir de algunos datos (de 1970) que toma de Karl Deutsch, advierte Sagües que de la lista de las quince naciones del mundo con mayor ingreso *per capita*, la cantidad de Estados con "Constitución-contrato" prevalece nítidamente sobre el número de naciones con "Constitución-promesa". Concluye el autor afirmando que los *"sistemas políticos que de hecho dan mucho a sus habitantes en bienes y servicios (o les permiten obtenerlos) retacean efectivamente su declamatoria constitucional; mientras que los que fácticamente dan poco apuran su lirismo programático"*.¹²⁵ Con lo anterior nos damos cuenta, o bien no es

¹²⁴ VALADÉS, Diego. *Constitución y democracia*, op. cit., p. 117.

¹²⁵ Citado por BAZÁN, Víctor. "Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino", *Entre Abogados*, Argentina, año IV, núm. 8, p. 19.

erróneo decir, como singularmente lo expresa González Casanova, que las constituciones de los países subdesarrollados tienen "*una función programática, utópica y ritual*".¹²⁶

El propio González Casanova coordina una colección denominada "Biblioteca América Latina: actualidad y perspectivas" como muestra del interés hacia este tipo temas. Uno de los títulos, en los que se divide la colección, es historia y política donde precisamente se encuentra integrado por temas como el de la evolución de las constituciones en su carácter programático. Así, respecto de la colección, menciona Casanova que el estudio de estos temas "*es particularmente significativo en momentos de crisis como los que ahora vivimos*".¹²⁷ Esto data de 1989, lo que nos puede indicar del problema de antaño respecto al cumplimiento de los preceptos constitucionales de contenido programático y, por ende, la necesidad de los medios de garantía para su cumplimiento.

La magnitud del problema de la falta de eficacia de las normas programáticas y, por tanto, de las omisiones del legislador está ligado con el principio de supremacía constitucional en razón de que no es dable comprender a la Constitución como norma suprema con la no vigencia de cláusulas programáticas. Mientras estas normas no adquieran eficacia por la omisión del legislador se vulnera el carácter supremo de la Constitución. Y, precisamente, de acuerdo con

¹²⁶ GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. *La democracia en México*, México, Ediciones Era, 1995, p. 17.

¹²⁷ GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Prólogo de la Biblioteca América Latina: actualidad y perspectivas, en Zemelman, Hugo. *De la historia a la política. La experiencia de América Latina*, México, Siglo XXI, 1989, p. 7.

este principio, es que el órgano de justicia constitucional, para mantener a la Constitución como norma suprema, tiene la imperiosa tarea de hacer funcionar la norma programática. Contar con los medios jurisdiccionales necesarios para hacer efectivo lo plasmado por la Constitución es una exigencia del principio de supremacía constitucional. Lo contenido en los textos fundamentales sin un respaldo judicial no es más que una declaración en el papel.¹²⁸

El que las constituciones de carácter programático necesiten de la actuación del legislador para su desarrollo hace necesario contar con remedios procesales para el adecuado funcionamiento de la norma de programa. Con frecuencia los parlamentos se enfrascan en problemas políticos, generales y cotidianos, lo que implica la falta de "*capacidad y prontitud necesarias para satisfacer las acrecentadas necesidades de legislación*"¹²⁹ que ameritan las normas programáticas.

México es pionero en establecer, en su Constitución de 1917, cláusulas de contenido programático al incluir los derechos sociales en el marco constitucional; en este orden de ideas, ¿por qué ha de quedarse a la zaga de ser un Estado que prevé los medios de control constitucional para tornar eficaces los preceptos constitucionales programáticos? La supremacía de la Constitución queda indefensa ante el no cumplimiento de sus normas. La inercia del legislador puede vulnerar gravemente su carácter supremo al no emitir las normas de desarrollo. La parálisis

¹²⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial de common law", op. cit., p. 363; ROLLA, Giancarlo. *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 53 y ss.

¹²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987, p. 313.

OMISIONES LEGISLATIVAS

constitucional por parte del órgano legislativo hace necesario la intervención del tribunal constitucional para mantener incólume la supremacía de la Constitución, invitándolo a realizar su imperiosa tarea de darle eficacia al proyecto constitucional.

CAPÍTULO TERCERO
DERECHO COMPARADO

3.1 JUSTIFICACIÓN

Durante largo tiempo ha existido interés por el estudio del derecho extranjero recurriendo con frecuencia los juristas a la utilización de métodos comparativos.¹³⁰ Pablo Lucas Verdú llama a este fenómeno circularidad de influencias que, enfocado al ámbito constitucional, se debe en parte al prestigio que algunas constituciones gozan en el extranjero. Sin embargo, la circularidad constitucional no debe significar copiar los preceptos de otras constituciones,¹³¹ ya que *"puede haber fórmulas paradigmáticas, pero no existe ninguna que tenga validez universal;...no se puede ignorar lo que otros han hecho, pero tampoco se debe renunciar a la originalidad"*. Esto no significa *"que se haga lo nunca hecho, sino que se sepa organizar el elenco de recursos disponibles de una manera acorde con el proyecto propio y actual"*.¹³²

El uso del método comparativo puede tener diversos usos. Pueden emplearlo los juristas para buscar una aportación de mejoras al derecho nacional, para esclarecer soluciones o destacar las tendencias del derecho nacional, o bien para realizar investigaciones históricas o de orden filosófico.¹³³ Además, *"ningún plan*

¹³⁰ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, 2ª. ed., trad. de Pedro Bravo, Editorial Aguilar, s.a., p. 3.

¹³¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. "¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad, en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial Grijley, 2002, p. 433.

¹³² VALADÉS, Diego. "Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma institucional", *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, p. 554.

¹³³ DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*, trad. de Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1953, p. 6.

cuidadosamente estudiado de reformas del derecho puede ignorar la experiencia adquirida por otros países que han avanzado...por determinado camino".¹³⁴

En un trabajo como éste, en donde se estudia una institución no regulada en nuestro sistema jurídico, se hace necesario el conocimiento de su regulación en otros sistemas. Además, en razón de que se trata de una tesis de licenciatura, en la que el estudiante trata de investigar sobre un determinado tema, el uso del método comparado la enriquece mucho.

A este respecto, por ejemplo, Rene David, cuando explica la polémica sobre si existe o no el derecho comparado, expresa que *"lo que existe son juristas que, habiendo recibido una formación adecuada, son capaces de emplear ese método (el comparado) con provecho, mientras que otros –que no son comparativistas– no pueden emplearlo y se ven dificultados en sus investigaciones por esa razón, así como limitados en sus posibilidades de estudio o en la eficacia de sus actividades"*.¹³⁵ Siendo así, esperamos tratar de ubicarnos en el supuesto anterior y poder tener un gran provecho del método comparado, en razón de que realmente el tema de las omisiones legislativas ha sido muy descuidado por la doctrina mexicana, además, como se dijo anteriormente, al no tener una regulación positiva en nuestro país del instituto estudiado se hace necesario verificar su implantación en otros sistemas jurídicos.

¹³⁴ GUTTERIDGE, H. C. *Concepto y métodos del derecho comparado*, trad. Joaquín Rodríguez, México, Editorial Compañía general, 1941, p. 83.

¹³⁵ DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*, op. cit., p. 8.

3.2 PORTUGAL

Al primer Estado que empezaremos por analizar es a Portugal. Este país es de los estados pioneros en reconocer la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador. El primer Estado que lo hizo fue la ex-República de Yugoslavia, que en su artículo 377 de su Constitución establecía:

“Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciera constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia”.

Este artículo de la Constitución del país balcánico sirvió de modelo para regular las omisiones legislativas en Portugal.

Para comprender mejor la figura de las omisiones legislativas en el país lusitano es necesario hacer un bosquejo sobre la plataforma en que se implantó este instituto.

La actual Constitución portuguesa es del 2 de abril de 1976 producto de un periodo revolucionario. Posteriormente, en el año de 1982, se realiza una profunda reforma constitucional, así como en el año de 1989.

En su redacción original la Constitución preveía un complejo sistema de control constitucional de naturaleza política ejercido por el Consejo de la Revolución que, a su vez, era asesorado por la Comisión Constitucional. Es con las reformas de 1982 cuando se introduce la figura del Tribunal Constitucional.

OMISIONES LEGISLATIVAS

Es importante destacar los dos momentos respecto al control de constitucionalidad ejercido en Portugal: el primero que corre desde la entrada en vigor de la Constitución (1976) y el segundo desde las importantes reformas de 1982, porque dependerá, ya sea del Consejo de la Revolución, o bien del Tribunal Constitucional (incluido con las reformas de 1982), la forma de regular las omisiones legislativas en la Constitución portuguesa.

La Constitución de 1976, en su artículo 279, establecía que: "cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable".

Vemos que era una facultad del Consejo de la Revolución emitir o no la recomendación, además de que *"era simplemente declarativa, exenta de coactividad,....no sustitula a la Asamblea de la República ni se situaba por encima de ella ni ostentaba iniciativa legislativa"*.¹³⁶

En 1982, ya con la reforma, será el artículo 283 el que establece la inconstitucionalidad por omisión:

1. A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de justicia¹³⁷ o, con fundamento en la violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la

¹³⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", op. cit., p. 343.

¹³⁷ José Julio Fernández lo identifica con el "Ombudsman"

OMISIONES LEGISLATIVAS

Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales.

2. Cuando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.

La fórmula ahora empleada, "dará conocimiento", pareciera que no es una facultad como antes la tenía el Consejo de la Revolución sino, esta vez, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de poner en conocimiento la inconstitucionalidad de la omisión al órgano legislativo.

Ahora bien, en su doble redacción el actuar del órgano encargado del control de la constitucionalidad es sólo una invitación al legislador para hacer efectivo el proyecto constitucional. Sin lugar a dudas, en el primer caso se presenta de una forma más discrecional ya que se otorga al Consejo de la Revolución una facultad que podrá o no llevar a cabo. En el segundo caso sí se trata de una obligación por parte del Tribunal Constitucional de exhortar al legislador a realizar su tarea, pero no implica su obligatoriedad por parte de éste de llevarla a cabo porque, como se indica, sólo "dará conocimiento" al órgano omiso.

Las diferencias que identifica Jorge Miranda¹³⁸ entre la regulación actual y la que existía con anterioridad a las reformas de 1982 son: en 1976 el órgano controlador actuaba de oficio, en 1982 la iniciativa es por parte de otros órganos diferentes a aquel que realiza el control; en la redacción original decidía el Consejo de la Revolución previo parecer de la Comisión Constitucional, en la actualidad

¹³⁸ Citado por Fernández Rodríguez, José Julio. "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", op. cit., p. 349.

OMISIONES LEGISLATIVAS

decide, por sí mismo, el Tribunal Constitucional; anteriormente se preveía una recomendación a los órganos legislativos, ahora se trata de poner en conocimiento; el anterior artículo 279 era potestad del Consejo de la Revolución la emisión de la recomendación, en 1982 la puesta de conocimiento, una vez declarada la omisión, es obligatoria.

Por último, haremos referencia a algunas sentencias del Tribunal Constitucional portugués en las cuales ha resuelto casos de omisiones legislativas.¹³⁹

La sentencia 182/89 analiza el derecho de los ciudadanos ante la utilización de la informática. El problema se centra en que el párrafo segundo y cuarto del artículo 35 de la Constitución prevén un desarrollo legislativo posterior. En el primer caso para definir el concepto de datos personales a efectos de registro informático. En el segundo, para establecer las excepciones a la prohibición general del acceso de terceros a ficheros con datos personales. En cuanto a este último aspecto, el Tribunal consideró que no existe inconstitucionalidad por omisión debido a que no hay excepciones por las cuales el legislador quiera establecerlas. Por el contrario, respecto al primer párrafo sí admite la inconstitucionalidad por omisión por falta de regulación que establezca el concepto de datos personales necesaria para garantizar su protección.

La sentencia 276/89 hace alusión a los crímenes de responsabilidad de los

¹³⁹ Ibidem, pp. 354 y ss. El autor divide la jurisprudencia de acuerdo a las reformas constitucionales en dos periodos: el primero a partir de 1976, y el segundo a partir de 1982 (sólo de este último periodo haremos referencia). El autor comenta que este instituto se ha caracterizado en Portugal por su poca utilidad, atribuida al contexto socio-político de ese país y a la falta de predisposición de los órganos dotados de legitimación activa.

OMISIONES LEGISLATIVAS

titulares de cargos políticos. El artículo 120.3 de la Constitución prevé una ley que los determine, así como las sanciones y efectos. En este caso, el Tribunal Constitucional consideró que efectivamente el artículo 120.3 de la Constitución contiene una obligación al legislador de emitir las normas necesarias para cumplir con el mandato impuesto por la Constitución, sin embargo, no declaró la inconstitucionalidad de la omisión porque se aprobó la ley correspondiente que daba eficacia al artículo 120.3 constitucional.

En la resolución 36/90, el Tribunal Constitucional desestimó la acción por la existencia de varios proyectos de ley. Además, consideró que el proceso de revisión constitucional, existente en esos momentos, originaba el retraso de la tarea legislativa. La omisión era en cuanto al artículo 241.3 de la Ley Fundamental sobre las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local que prevé su regulación por una ley futura.

3.2 BRASIL

La Constitución de Brasil¹⁴⁰ en su artículo 103 prevé la figura de la inconstitucionalidad por omisión al establecer:

“declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.

Es de merecer atención la forma general en que redacta la Constitución brasileña el campo de las omisiones legislativas al establecer que será la omisión de una “medida necesaria” el presupuesto para ejercer la acción de inconstitucionalidad por omisión, no especificando que sólo debe ser ante mandatos concretos que la Constitución le impone al legislador.

La acción de inconstitucionalidad por omisión puede ser ejercida por:

- a) El Presidente de la República
- b) El Senado
- c) Cámara de Diputados
- d) Asamblea de Representantes
- e) El Gobernador Estatal
- f) El Procurador General de la República
- g) El Consejo Federal de Abogados de Brasil
- h) Los Partidos Políticos con representación en el Congreso
- i) La Confederación de sindicatos o entidades de clase nacional

¹⁴⁰ De acuerdo con Michel Temer, el constituyente de 1988 aprendió de los errores o falencias, pues –para la incorporación de la acción de inconstitucionalidad por omisión– tuvo en cuenta la propia *praxis* constitucional anterior en la que muchas normas contenidas en la Ley Suprema fueron virtualmente “congeladas” (y, por ende, devenidas ineficaces) por la inactividad del legislador ordinario quien omitió dictar la reglamentación pertinente. Citado por Bazán, Víctor. “Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino”, op. cit., p. 27.

Es amplia la gama de quienes pueden promover la acción de inconstitucionalidad por omisión en Brasil. Vemos con esto que el constituyente buscó una mayor protección contra las omisiones legislativas en la Carta Magna, otorgándole legitimación activa no sólo a los principales órganos políticos del Estado sino también a entes de importancia para la sociedad brasileña.¹⁴¹

En Brasil, aparte de la acción de inconstitucionalidad por omisión existe la acción del *mandado de injunção*, las cuales no deben de confundirse entre sí. La acción de inconstitucionalidad por omisión tiende a efectivizar la norma constitucional en su conjunto, a desarrollar los preceptos que necesiten de una ulterior actividad del legislador ordinario; en cambio, la acción del *mandado* más que la elaboración de disposiciones reglamentarias pretende la realización de un acto en concreto con el fin de transformar un derecho abstracto en una situación concreta.¹⁴²

El *mandado de injunção* lo solicita cualquier ciudadano que, por falta de reglamentación, considere que no puede ejercitar un derecho constitucional. Su objeto es proteger los derechos consagrados en la Constitución, solucionando los casos en concreto. La omisión del legislador es colmada por el órgano de justicia constitucional produciendo sólo efectos *inter partes*.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*, España, Civitas, 1998, p. 284.

¹⁴² OTHON SIDOU, J.M. "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção y habeas data*", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, núm. 70, enero-abril de 1991, p. 174.

Víctor Bazán¹⁴³ realiza una distinción entre la acción de inconstitucionalidad por omisión y el *mandado de injunção* a partir de los siguientes aspectos:

1. Competencia

De la acción de inconstitucionalidad por omisión sólo tiene conocimiento el Supremo Tribunal Federal. Por su parte, en el *mandado* la competencia es del Supremo Tribunal Federal cuando la elaboración de la norma reglamentaria es atribución del Presidente de la República, Congreso Nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado, de las mesas de una de esas cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los tribunales superiores o del propio Supremo Tribunal Federal; es competente el Superior Tribunal de Justicia cuando la elaboración normativa es atribución de un órgano, entidad o autoridad federal, de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de justicia militar, de la justicia electoral, de la justicia del trabajo y de la justicia federal. En los demás casos, la competencia –residual- corresponde a todo el Poder Judicial.

2. Legitimación

- Activa

La legitimación activa para ejercer la acción de inconstitucionalidad por omisión se hizo referencia anteriormente. El *mandado*, por su parte, podrá ser interpuesto por cualquier persona que tenga un interés jurídico personal en el dictado de la norma.

¹⁴³ BAZÁN, Víctor. "Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino", op. cit., p. 24 y ss.

- Pasiva

En cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, la acción podrá ser propiciada contra la persona o entidad competente para la elaboración de la norma en cuestión. Por su parte, el *mandado* deberá dirigirse contra el sujeto que inhibe o impide el ejercicio de un derecho.

3. Objeto

La acción de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de fiscalización *abstracta* que persigue la defensa de la constitución cuya efectividad ha quedado bloqueada por la ausencia de norma reglamentaria.¹⁴⁴

El *mandado* es una acción particular –modalidad de fiscalización *concreta*–, dirigida a garantizar la satisfacción del derecho o de la libertad cuyo ejercicio ha sido enervado por la inexistencia de la norma reglamentaria.

4. Naturaleza y efectos de la sentencia

En la acción de inconstitucionalidad por omisión el tribunal no se subroga en el accionar del órgano legislativo, sólo declara la existencia de la inconstitucionalidad, además de tener efectos *erga omnes*. Por su parte, la resolución que recae en el *mandado* es condenatoria y con efectos *inter partes*.

Es así como Victor Bazán nos muestra las diferencia entre estas dos acciones en el ordenamiento brasileño tendentes a hacer frente a las omisiones legislativas que

¹⁴⁴ Para graficar el objeto de la acción (y, concomitantemente, en orden a despejar toda posibilidad de equiparación con el propósito del *mandado de injunção*), en una sentencia se ha dicho: "la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, de que se trata el 2º. párrafo del artículo 103 de la nueva Constitución Federal, no ha de ser propuesta para que sea practicado determinado acto administrativo en un caso concreto, más sí apunta a que sea expedido un acto normativo que se torne necesario para el cumplimiento del precepto constitucional que, sin él, no podría ser aplicado" LIMA da FONSECA citado *Ibidem*, p. 25.

dañan la fuerza normativa de la Constitución: la inconstitucionalidad por omisión y el *mandado injunção*. A su vez, es oportuno apuntar las divergencias referentes a la acción de inconstitucionalidad por omisión regulada en los ordenamientos de Portugal y Brasil, señaladas por el mismo autor.¹⁴⁵

En Brasil la competencia corresponde al Supremo Tribunal Federal, mientras que en Portugal es facultad del Tribunal Constitucional.

En el ordenamiento brasileño la acción es más amplia que en Portugal, pues en este último, refiere a la omisión de las "medidas legislativas necesarias para tornar exequibles las normas constitucionales" (art. 283 const.); en comparación con el ordenamiento brasileño que establece: "la omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional" (art. 103 const.). Se infiere un mayor alcance en Brasil ya que no se califica que tipo de medida debe estar ausente para ejercitar la acción.¹⁴⁶, mientras que en el ordenamiento portugués se refiere a la hipótesis de ausencia de las medidas legislativas necesarias.

En cuanto a la legitimación activa es más restringida en Portugal (la acción está a cargo del Presidente de la República, el Proveedor de Justicia y, en algunos casos, por los presidentes de las Asambleas Regionales) que en Brasil, siendo en este último Estado muy amplia la lista de sujetos que pueden ejercitar la acción.

La Constitución de Brasil establece —una vez corroborada la omisión

¹⁴⁵ Ibidem, p. 26.

¹⁴⁶ Esto, nos dice José Julio Fernández, puede traer como consecuencia que, una institución de los perfiles y problemas que representa, se desborden los cauces de la concreción y la seguridad jurídica necesarios de esta figura. "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil", Revista vasca de la administración pública, España, núm. 42, mayo-agosto de 1995, p. 217.

OMISIONES LEGISLATIVAS

inconstitucional- un plazo de cumplimiento de treinta días (siempre que se trate de un órgano administrativo), alusión que no hace la Constitución portuguesa, limitándose el Tribunal Constitucional a “dar conocimiento” al órgano legislativo.

3.3 ARGENTINA

La figura de la inconstitucionalidad por omisión no se encuentra institucionalizada en el derecho federal argentino pero, en cuanto al derecho provincial, se encuentra en la Constitución de la provincia de Río Negro. En su artículo 207, fracción d, faculta al Superior Tribunal de Justicia, en cuanto a su jurisdicción originaria y exclusiva, a conocer de "las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios".

Antes de referirnos de forma especial a la provincia de Río Negro haremos algunos señalamientos en el ámbito federal respecto de algunos casos sometidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aun cuando no está prevista de forma positiva la inconstitucionalidad por omisión en la Constitución Federal, la Corte Suprema ha resuelto algunos casos referentes al instituto, la cual, al principio, ha establecido ciertas pautas contrarias a la viabilidad del control a las omisiones legislativas.

La Corte Suprema de Argentina ha manifestado que si el Congreso de la Unión no emite la reglamentación legal de una norma constitucional programática, al supuesto afectado no cabe el planteamiento de recurso alguno para atacar la inercia parlamentaria en virtud de que tal decisión (dictar la ley) se aloja en la esfera de

OMISIONES LEGISLATIVAS

sus atribuciones discrecionales y, por ende, aquella deviene inmune a la injerencia judicial para obtener una determinada respuesta de su parte.¹⁴⁷

En el caso “Regodesebes” la Corte se negó a fallar en favor de la inconstitucionalidad por omisión. Fue tajante al expresar que no puede sustituir al legislador en el establecimiento del régimen legal de la República. A su vez, en el caso “Loveira”, también la Corte Suprema negó la posibilidad de exigirle una conducta al legislador. Este caso, refiere a una persona que interpuso una acusación ante el juez del crimen de la capital federal contra el director de una publicación por calumnias e injurias. El acusado opuso la excepción de falta de jurisdicción sustentándose en que de acuerdo con los artículos 24, 32, 67 y 102 de la Constitución Nacional sólo podía ser acusado ante un jurado, por lo que, en ausencia de la reglamentación de los mismos, no se le podía procesar. La excepción fue rechazada en razón de que la Corte sostuvo que los artículos 24, 67 y 102 de la Constitución no habían impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, así como el primero de los artículos nombrados no le fijó términos perentorios para la reforma de la legislación en todos sus ramos. También, indicó que, en los propios términos del artículo 102, la creación del jurado no era obligatoria en capital federal.

Por otra parte, la Corte Suprema ha decidido en forma contraria, cambiando su parecer. En los casos “Bonorino Perú”, “Perugini”, “Durañona” y “Grieben”, que todos ellos referían a la obligación contenida en el anterior artículo 96 de la

¹⁴⁷ BAZÁN, Víctor. “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales”, op. cit., p. 83.

OMISIONES LEGISLATIVAS

Constitución argentina (actual 110) de mantener la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales al establecer que: "Los jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores de la Nación ... recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanezcan en sus funciones", resolvió integrar la omisión del legislador al considerar los siguientes criterios:

a) La intangibilidad del sueldo de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial.

b) La igual jerarquía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obliga al Tribunal, en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces en cuanto es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres poderes que forman el gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente.

En otro orden de ideas, la Corte Suprema de Argentina, a su vez, ha tenido conocimiento de casos relacionados a derechos contenidos en un documento internacional y que no se encuentran reglamentados en el derecho interno. En estos casos, también, el criterio de la Corte ha sido divergente. Por una parte, el más alto Tribunal argentino sostuvo en el caso "Costa" que no obstante que un derecho se reconozca en un pacto internacional y sea aprobado por una ley interna no puede ser aplicado en virtud de la omisión reglamentaria legal, situación que impide el

ingreso al derecho positivo interno. Pero, por la otra, la Corte, en el caso "Ekmekdjian", confirió aplicación directa a un derecho contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos aun cuando no existía norma reglamentaria, estableciendo que el compromiso del orden jurídico interno con el Pacto de San José puede también ser cumplido por una sentencia judicial, pudiendo el tribunal fijar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, será ejercitado.¹⁴⁸

Una vez visto que en Argentina en el ámbito federal, si bien no está previsto el instituto de las omisiones legislativas, la Corte Suprema de la Nación ha resuelto determinados casos de inconstitucionalidad por omisión y que su criterio ha sido no uniforme, veremos el caso de la provincia de Río Negro que en su Constitución, de acuerdo con el artículo 207, otorga facultades al Superior Tribunal de Justicia para ejercer jurisdicción en las acciones de incumplimiento en el dictado de normas que impongan algún deber concreto al Estado provincial o a los municipios. Asimismo, establece que el Superior Tribunal fijará el plazo para que se subsane la omisión y, en caso de incumplimiento, éste integrará el orden normativo resolviendo con efectos particulares. De no ser posible determinará el monto del resarcimiento.

Los rasgos característicos del instituto en la Provincia de Río Negro son los siguientes:¹⁴⁹

¹⁴⁸ Todos los casos fueron tomados en *Ibidem*, pp. 84 y ss.

¹⁴⁹ SAGÜES, Néstor. "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina)", *Ius et veritas*. Perú, año 8, núm. 15, noviembre de 1997, p.153.

OMISIONES LEGISLATIVAS

1) El órgano competente para conocer de la acción es el Superior Tribunal de Justicia.

2) No se instaura ante cualquier supuesto de inconstitucionalidad por omisión, sino por causa de ausencia de normas exigidas por la Constitución. La Constitución impone "un deber concreto", es decir, se debe tomar en cuenta si es una facultad del legislador o una obligación de dictar la norma.

3) Respecto del término para la procedencia de la acción, debe existir «incumplimiento» por parte del órgano que debió dictar la norma, lo que supone plazos vencidos para hacerlo. La Constitución de Río Negro en su artículo 22, de las normas complementarias, instaura una serie de plazos legislativos que van desde sesenta días hasta cinco años para emitir las normas de desarrollo exigidas por la Constitución, lo que supone, obviamente, que vencido el plazo se abre la posibilidad de interponer la acción. Pero, si no se especifica el plazo, el Superior Tribunal debe tomar en consideración si ha vencido o no un plazo razonable para dictar la norma.

4) Si el Superior Tribunal acredita la mora legislativa se fija un plazo para que se subsane la omisión. Ante la negativa de lo anterior, torna en una disyuntiva: por un lado, el propio Superior Tribunal integra el orden normativo, con efecto limitado al caso planteado; y por otro, ante la imposibilidad de lo anterior, se determina el monto del resarcimiento conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

OMISIONES LEGISLATIVAS

Ahora bien, un caso ya resuelto por el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro es el asunto: "Gómez, Daniel A. s/Inconstitucionalidad por omisión" (exp. 11.418/96 de 20/11/96).¹⁵⁰ Se refiere a la falta de reglamentación del derecho de revocatoria popular legislativa (artículos 2 y 149) que no había sido dictada por la legislatura provincial. El Superior Tribunal decidió que se había configurado la hipótesis de mora legislativa contraria a la Constitución, ya que desde 1988 hasta 1996 había transcurrido un plazo suficientemente razonable para que los legisladores emitieran la norma reglamentaria, fijando a la legislatura el periodo legislativo inmediatamente posterior para subsanar la omisión.

¹⁵⁰ BAZÁN, Víctor. "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales", op. cit., p. 82.

3.4 VENEZUELA

En la actual Constitución de la República de Venezuela (1999) en su título séptimo, correspondiente a la protección de la Constitución, artículo 336, concede atribuciones a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado de forma incompleta, facultando al Tribunal a establecer el plazo para la emisión de la norma, o bien, en caso de ser necesario, dictar los lineamientos de su corrección.

Es importante ver como, de acuerdo con el artículo anterior, se faculta ampliamente al órgano fiscalizador para determinar la inconstitucionalidad de la omisión. No se limita a verificar la omisión del dictado de una norma sino a la omisión de las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. A su vez, es preciso también observar la facultad que goza la Sala Constitucional de fijar el plazo para colmar la omisión o, en su caso, ella misma subsanar la norma faltante.

Por otra parte, es destacable el acierto de la Constitución venezolana al referir que el único órgano encargado de incurrir en omisiones legislativas es el Poder Legislativo, dejando a un lado todo otro poder público.

Respecto de la legitimación activa, la Constitución omite señalar quien puede ejercitar la acción de inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo. De acuerdo con Jesús Casal¹⁵¹, se puede considerar los mismos supuestos que establece el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para ejercer la inconstitucionalidad de leyes, es decir, puede incoar la acción toda persona natural o jurídica plenamente capaz.

En cuanto al término para ejercer la acción, la Constitución, en sus artículos transitorios, establece plazos específicos para la realización de ciertos mandatos que el constituyente le confirió al legislador ordinario, supuestos en los cuales, al vencimiento del plazo, automáticamente se estaría en posibilidades de ejercitar la acción. Por ejemplo, entre otros mandatos, se especifica que la Asamblea Nacional dispone de seis meses para aprobar una ley orgánica sobre estados de excepción y en el término de un año debe aprobar la legislación sobre la sanción de la tortura, refugiados, trabajo, sistema judicial, sistema electoral, administración pública. Son varios los encargos que el constituyente venezolano le formula al legislador ordinario estableciéndole plazos específicos, que oscilan entre los seis meses hasta no pasado un año, para su realización. Asimismo, en otro de sus artículos transitorios, la Constitución establece un plazo general de dos años dentro de los cuales la Asamblea Nacional debe emitir todas las normas impuestas por la Constitución.

¹⁵¹ CASAL H., Jesús M. "La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas" en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2002, t. II, pp. 1810 y ss.

3.5 ALEMANIA

Alemania es uno de los estados en los cuales, si bien no tiene prevista de forma expresa la figura de la omisión legislativa, el Tribunal Constitucional ha ideado diversas técnicas que le han permitido controlar un vacío en la legislación que pudiera tener consecuencias lamentables para el resguardo de un Estado de derecho.

El Tribunal Constitucional alemán ha aceptado el recurso de queja, que tiene por objeto todo acto de poder público, no de particulares, que lesione los derechos fundamentales, cuando tenga por objeto la omisión del legislador pero sólo cuando se trate de omisiones relativas, no admitiendo el recurso contra las omisiones absolutas. También ha admitido el recurso de queja cuando el legislador ha omitido las reformas necesarias para la actualización de las normas.¹⁵²

Es precisamente en Alemania donde se da un caso paradigmático en el tema de las omisiones del legislador hacia las normas de tipo programático, colocando en la discusión mundial la naturaleza jurídica de este tipo de normas. El fallo de la Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania del 29 de enero de 1969 marcó una nueva pauta de concebir a las normas programáticas.

El artículo seis de la Constitución Alemana establecía que para los hijos ilegítimos la legislación debería crear las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos. Después de haber

¹⁵² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?, op. cit., pp. 19 y ss.

transcurrido veinte años, el legislador ordinario había omitido la regulación de ese precepto constitucional, por lo que la Corte decidió que el artículo sexto de la Constitución, aun faltando la legislación necesaria, era directamente aplicable.

Este caso, pues, marco la pauta para que la jurisprudencia constitucional alemana reconociera a los tribunales la facultad de, en los casos de omisión de normas de desarrollo, atribuir eficacia plena a los preceptos constitucionales mediante el proceso de concretización (*Konkretisierung*).¹⁵³

Dentro del tipo de sentencias que puede emitir el Tribunal Constitucional alemán cuando hace frente a una omisión del legislador, de acuerdo con Díaz Revorio¹⁵⁴ están, por una parte, las de mera incompatibilidad, que se trata de los fallos en que no se declara la nulidad de la ley incompatible con la Constitución. Este tipo de fallos es consecuencia de dar respuesta a los casos en que la ley no incluye arbitrariamente a ciertas categorías en una situación de ventaja que la misma prevé (omisión relativa).

Por ejemplo, que la ley del impuesto sobre la renta favorezca a un grupo de ciudadanos y excluya sin motivo a otros de las mismas ventajas. En estos supuestos, nos dice el autor, la declaración de nulidad de la ley podría traer consigo una situación mucho más alejada de la Constitución de la existente con la aplicación de la ley (por ejemplo si se suprimen prestaciones de ventaja que tienen fundamento constitucional).

¹⁵³ *Ibidem*, p. 20.

¹⁵⁴ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", op. cit., pp. 91 y ss.

OMISIONES LEGISLATIVAS

Sin embargo, esta solución es pasajera porque el Tribunal Constitucional impone al legislador la obligación de suprimir la situación inconstitucional. Por lo general, la parte declarada inconstitucional ya no es aplicable y el Tribunal señala un plazo (el que se le da al legislador para resarcir la inconstitucionalidad) en el que se podrá aplicar todavía la ley en cuanto a la parte que no es considerada inconstitucional. Puede darse el caso (muy raro) en que se llegue a aplicar la ley inconstitucional en su totalidad pero, claro está, mientras que el legislador componga esa situación.

Por otra parte, el tipo de sentencias que puede emitir el Tribunal son las que declaran que la ley no es todavía inconstitucional. El Tribunal considera constitucional una ley pero señalando que la misma puede, en el futuro, llegar a ser inconstitucional. A la par de esta declaración le hace una llamada de atención al legislador para que propicie las condiciones necesarias para evitar una posible inconstitucionalidad futura.

Realmente en este tipo de sentencias se verifica la inconstitucionalidad de la ley, pero es preferible que siga en vigor para no producir una situación más inconstitucional. Por ejemplo, nos muestra el autor, tratándose de las circunscripciones electorales definidas por el legislador se tornan inconstitucionales por el cambio de las cifras de población, sin embargo, el Tribunal considera que la situación es todavía aceptable para la elección recién llevada a cabo, instando al legislador a adoptar una nueva regulación.

3.6 ESPAÑA

España es otro de los países en donde, aun cuando no tiene una acción de control de las omisiones legislativas, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha resuelto la inconstitucionalidad de leyes por omisiones relativas del legislador, que se producen cuando el legislador si ha creado la ley exigida por la Constitución pero no abarcó todos los supuestos reclamados por ella.

El Tribunal Constitucional español, de acuerdo con Xavier Pibernat, no se ha limitado sólo a declarar la nulidad de las leyes, teniendo como consecuencia la eliminación de normas que tenían valor sobre el ordenamiento jurídico, sino que se ha llegado a entrometer en tareas del legislador. Ha dictado sentencias en las que no se limita a precisar el significado de una ley sino que, a través de la interpretación, reconstruyendo un precepto, suple al legislador. En este sentido, por ejemplo, la cuestión de inconstitucionalidad por violación al principio de igualdad en contra del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social por no reconocer pensión de viudez a favor del viudo, procedió a modificar la ley en el sentido que dicho artículo incluya tanto a la viuda como al viudo.

En otro tipo de sentencias, el Tribunal ha realizado recomendaciones al legislador. En la sentencia 3/1983, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad instaurada contra el artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, el Tribunal estableció que "sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformará el artículo 170 y conexos...". Es común

que en este tipo de sentencias el Tribunal utilice las expresiones: "convendría que el legislador precisase el alcance de la referencia" o "es necesario que el legislador elimine la ambigüedad del texto", etc.

Existe otro tipo de sentencias que se tratan de auténticos mandatos al legislador, como la sentencia 53/1985, por cierto, muy referida por varios tratadistas españoles, que resuelve el recurso previo planteado contra la Ley Orgánica de reforma del Código Penal sobre despenalización del aborto, en la que el Tribunal estableció: "como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es,... indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente".

Por lo anterior, pues, observamos que *"el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones se extralimita, yendo más allá de su función interpretativa, con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes, para erigirse en legislador positivo"*¹⁵⁵. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional español ha precisado, en su sentencia 11/1981, que efectivamente puede "establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución, [pero] no puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional".

¹⁵⁵ PIBERNAT DOMENECH, Xavier. "La sentencia constitucional como fuente del derecho", op. cit., p. 83.

3.7 PERÚ

En el título quinto -garantías constitucionales- de la Constitución de Perú, artículo 200, numeral seis, está contemplada la acción de cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o acto administrativo.

Esta acción, como nos muestra Carlos Mesia¹⁵⁶, ya se ha ejercitado para atacar una omisión del legislador ante la negativa de éste por realizar un mandato de la Constitución.

El caso se presentó de la siguiente manera: el ciudadano Jofre Fernández Valdiviezo se dirige al Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso para que la convoque a fin de que sus miembros asistan, participen y dictaminen el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El actor funda su petición, entre otros, en los siguientes razonamientos: a) es imprescindible la aprobación de una Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que se trata de un órgano del Estado cuyo tratamiento legislativo necesariamente tiene que hacerse mediante una ley orgánica; b) El Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento tiene la obligación de convocar a sus integrantes para que debatan, estudien y dictaminen los proyectos de ley que les remite el pleno del Congreso. Esta etapa del proceso legislativo debe realizarse en el plazo de treinta días contados desde la fecha en que los proyectos de ley son remitidos a la

¹⁵⁶ MESIA RAMIREZ, Carlos. "La primera acción de cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión", *Dialogo con la jurisprudencia*, Perú, año 2, núm. 2, diciembre de 1995, pp. 19 y ss.

Comisión, el cual ya ha vencido; c) la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene preferencia en el debate parlamentario porque el Estado no puede funcionar parcialmente. Existen numerosas acciones de garantía que están a la espera de que entre en funcionamiento el nuevo Tribunal Constitucional y, además, porque existe un claro mandato constitucional de obligatorio cumplimiento contenido en la Constitución; d) expresa que tiene legitimación para incoar la acción de cumplimiento porque es actor de una acción de amparo por violación de sus derechos sociales y cuya causa, a la fecha, se encuentra para remitirse a la mesa de parte de lo que sería el Tribunal Constitucional.

La acción de cumplimiento la conoce el vigésimo cuarto juzgado civil de Lima que declara improcedente la demanda porque, a consideración del tribunal, si bien la acción de garantía constitucional de cumplimiento procede contra las autoridades o funcionarios renuentes a acatar una norma legal o un acto administrativo, en la presente causa se ha emplazado a un congresista del Congreso Constituyente Democrático quién, por su función, no puede ser sujeto de mandato imperativo alguno distinto del pertinente a su investidura y condición jurídica (artículo 5° del Reglamento del Congreso).

La resolución fue apelada ante la segunda fiscalía superior civil que revocó el auto y ordenó la procedencia de la demanda porque consideró que era urgente e impostergable que el Estado peruano contara con una norma jurídica que reglamentara al Tribunal Constitucional, debido a que la demora en su funcionamiento perjudicaba el derecho del demandante cuya causa se encontraba

pendiente en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema con recurso de casación para ser visto en el Tribunal Constitucional, haciendo necesaria su pronta aprobación y promulgación en aras de una justa y recta administración de justicia. Además, la acción de cumplimiento, a decir del Tribunal, procede contra cualquier autoridad o funcionario, por lo que no se hace ninguna distinción ni excluye a un congresista a ser demandado en la vía constitucional, como la presente, pues de acuerdo con el principio de jerarquía de la norma jurídica la Constitución prima sobre otra norma de menor rango, como es el artículo 5° del Congreso.

Finalmente conoció del caso la Corte Superior de Lima la que declaró improcedente la acción de cumplimiento por sustracción de la materia, debido a que la Comisión de Constitución del Congreso cumplió con emitir su dictamen sobre el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin saber el sentido de la resolución de la Corte Superior, de acuerdo con nuestro parecer tal como se encuentra prevista la acción de cumplimiento en la Constitución de Perú no es posible solicitarle al legislador ordinario el desarrollo de normas constitucionales.

De acuerdo con César Landa¹⁵⁷ la acción de cumplimiento prevista en el ordenamiento peruano debería definir los supuestos en que esta acción podría ser ejercitada. Sin embargo, el autor considera que es aplicable cuando se haga referencia a las leyes del Congreso, decretos legislativos, decretos de urgencia,

¹⁵⁷ LANDA ARROYO, César. "La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993", *Revista del foro*, Perú, núm. 1, enero-junio de 1993, p. 56.

tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales y las normas con fuerza de ley que emitan algunos órganos autónomos constitucionales. Pero también incluye, en cuanto a los actos administrativos, a los actos jurídicos públicos normativos como los reglamentos, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad que los dicte. Respecto a los actos públicos no normativos el autor menciona las resoluciones dictadas por las autoridades y funcionarios, o los contratos públicos-concesiones, contratos de obra pública.

Como se nota, el autor indica un buen número de supuestos en los que es factible ejercitar la acción de cumplimiento pero, en ningún caso hace referencia a la omisión en cuanto normas constitucionales.

La anterior idea también la retoma Edgar Carpio cuando nos indica que se discutió mucho sobre la inclusión de la acción de cumplimiento por carecer de sentido al existir la institución del amparo. Empero, se admitió la acción de cumplimiento para otorgarle al ciudadano un instrumento más breve, ágil y expedito, distinto al contencioso administrativo y al amparo. Es así como se dotó *"al administrado de un proceso con el cual [pudiera] hacer frente [a] la inercia o letargo de los órganos de la administración (subrayado nuestro) en el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley o a través de actos administrativos"*.¹⁵⁸ Es, pues, notable que la acción de cumplimiento tal cual como

¹⁵⁸ CARPIO MARCOS, Edgar. "La acción de cumplimiento (caso especial referencia al caso peruano)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 3ª, ed., México, Porrúa, 2002, t. II, p. 1733.

OMISIONES LEGISLATIVAS

está redactada en la Constitución procede sólo contra omisiones de autoridades de carácter administrativo.

Actualmente está prevista una reforma integral a la Constitución de Perú. Ahora sería el artículo 60, en este nuevo proyecto de Constitución, el encargado de establecer la acción de cumplimiento pero, esta vez, con un mayor alcance. De acuerdo con la nueva redacción del precepto, la acción de cumplimiento, además de proceder contra cualquier autoridad o funcionario que omita acatar un acto administrativo o norma legal, también procederá cuando una autoridad o funcionario omita acatar lo ordenado por normas constitucionales, lo que supondría que se pudiera utilizar esta acción contra las omisiones del legislador ante un mandato de la Constitución.

La acción de cumplimiento de acuerdo con el actual artículo 200 de la Constitución peruana se encuentra de la siguiente forma: la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

De acuerdo con el artículo 60 del proyecto de Constitución quedaría: la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario que omita acatar un acto administrativo, norma legal o constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Con la reforma se pretende precisamente, añadiéndole las palabras "norma constitucional", reparar la posible omisión del legislador ante los mandatos de la

OMISIONES LEGISLATIVAS

Constitución. Pero, según nuestro parecer, aun con la probable reforma la acción de incumplimiento prevista en el ordenamiento peruano únicamente hace referencia a las autoridades administrativas, por lo que no sería viable su utilización tratándose del Poder Legislativo.

Siendo así las cosas, creemos oportuno que aparte de los ya muchos medios de control que prevé la Constitución de Perú se tomara en consideración el establecimiento de un medio especial para omisiones legislativas y no estirar a la acción de cumplimiento de tal forma que pudiera fiscalizar también las omisiones del legislador, dejando a ésta como un medio sólo para coaccionar a la autoridad administrativa a realizar las acciones que le obligan tanto las leyes como la Constitución. La acción de inconstitucionalidad por omisión, por sí misma compleja, debe tener un tratamiento particular, no mezclándola con otro instituto, con el objeto de establecer claramente sus alcances para no tratar, como el caso que nos ocupa, de utilizar una acción distinta, que hace referencia sólo a la omisión de autoridades administrativas, para el control de las omisiones del legislador, con el objeto de evitar una posible invasión de competencias entre los poderes públicos tan latente en el caso del control de las omisiones legislativas.

CAPÍTULO CUARTO
CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

4.1 SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Nuestro objeto no es hacer un análisis exhaustivo sobre el control de la constitucionalidad en México. Sólo haremos algunas referencias a diversos medios de control que se establecen en nuestra Constitución con el fin de verificar si son suficientes para el adecuado control de las omisiones legislativas.

De acuerdo con las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1994 la jurisdicción constitucional tuvo importantes cambios.

Ya desde las reformas de 1988 se considera que la Suprema Corte de Justicia adquirió características propias de un tribunal constitucional y sólo con la reforma antes anunciada se pretendió que la misma fuera un órgano más calificado en su función primordial de defensa de la Ley Suprema.¹⁵⁹

Para esto, se da un nuevo impulso a las controversias constitucionales, ya previstas desde 1917 en nuestra Ley Fundamental, se crea un nuevo medio de control: las acciones de inconstitucionalidad y, además, se reglamentó nuestro recurso base que teníamos de defensa constitucional: el amparo.

Con lo anterior, se afirma que *"la Suprema Corte se aleja cada vez más de ser un tribunal de legalidad para acercarse más a lo que de ordinario se considera un*

¹⁵⁹ CARPIZO, Jorge. "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, núm., 83, mayo-agosto de 1995, pp. 808 y ss.

tribunal constitucional"¹⁶⁰, pero "parecería audaz afirmar que en México, -país que ha puesto ejemplo en el mundo de un procedimiento judicial eficaz para hacer respetar las garantías constitucionales, vía juicio de amparo-, existe un control incompleto de la constitucionalidad, o sea de la normatividad y del espíritu y mandatos del Texto Fundamental",¹⁶¹ de ahí que, "si es preciso reformar la Constitución por razón de acontecimientos supervenientes, existen los procedimientos necesarios para hacerlo".¹⁶²

4.1.1 AMPARO

El estudio lo dividiremos en dos vertientes: el amparo como protector de derechos humanos y el amparo contra leyes.¹⁶³

Como protector de derechos humanos, el amparo salvaguarda todas las garantías individuales contenidas del artículo primero al veintinueve de nuestra Carta Magna.

A su vez, en el ordenamiento mexicano, el amparo contra leyes asume una doble configuración: como acción y recurso de inconstitucionalidad.

Como acción (control abstracto) implica un ataque directo contra una norma considerada contraria a la Constitución; como recurso (control concreto) procede

¹⁶⁰ GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. *Controversia sobre controversia*, 2ª. ed. México, Porrúa, 2001, p. XXXI.

¹⁶¹ CASTRO, Juventino V. *El artículo 105 constitucional*, 4ª. ed. México, Porrúa, 2001, p. 19.

¹⁶² GAMAS TORRUCO, José. *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., p. 206.

¹⁶³ Sobre el tema de la jurisdicción constitucional en México ver CARPIZO, Jorge et. al. en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.

cuando el quejoso considera que la resolución de un tribunal es contraria a la Ley Fundamental.

A pesar de lo anterior, podemos afirmar que el amparo ha sido nuestro instrumento clásico de protección de los derechos humanos.¹⁶⁴ Su finalidad principal es la protección directa del individuo y sólo indirecta de la Constitución¹⁶⁵. Pero con el paso del tiempo sufrió una ampliación. Su función original, de protección de los derechos fundamentales contra leyes y actos de autoridad es acrecida con la inclusión del recurso de casación contra las resoluciones judiciales,¹⁶⁶ ya sea de los jueces federales o locales, debido a una extensa interpretación que se hizo del artículo 14 de la Constitución de 1857. Se consideró que se violaba dicho artículo, situado dentro del capítulo de las garantías individuales, debido a que si un juez aplicaba con inexactitud una ley al caso en concreto esa resolución era motivo de impugnación por medio del juicio de amparo. Este hecho ha tenido como consecuencia que el amparo, justamente celebrado como el procedimiento más efectivo para la defensa de los derechos de

¹⁶⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso de México" en Fix-Zamudio, Héctor (coord), México y las declaraciones de derechos humanos, México, UNAM, 1999, p. 146.

¹⁶⁵ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. *Introducción al estudio del juicio del amparo*, 5ª. ed., México, Porrúa, 1995, p. 149; GAMAS TORRUCO, José. *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., p. 964.

¹⁶⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano", Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México, UNAM, núm. 12, 1994, p. 60; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002, p. 20.

los mexicanos, se haya convertido en un instrumento procesal muy complejo y su funcionamiento no sea del todo eficaz.¹⁶⁷

Además, el amparo como instrumento de protección contra los actos de autoridad en la Constitución de 1917 se convirtió en una institución anacrónica por no satisfacer ya a las nuevas exigencias sociales. El amparo, en su tiempo, se adoptó significativamente para la salvaguarda de la libertad del hombre en todos sus aspectos, siendo este su principal objetivo. Pero con la Revolución de 1910, con las nuevas exigencias sociales integradas a la Constitución del 17, el amparo sufrió una de sus más graves crisis¹⁶⁸ por no resolver las necesidades sociales surgidas de la naciente Constitución programática.

Su limitante con mayor peso es la controvertida fórmula Otero. De acuerdo con el artículo 107 fracción II de la Constitución, la sentencia que recaiga sobre el juicio de amparo "será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare".

La inclusión de la relatividad de las sentencias del juicio de amparo, tan criticada ya en nuestros días, se debió, por una parte, a la mala experiencia del Supremo Poder Conservador establecido por las Leyes Constitucionales de 1836 que tenía facultades de anular leyes con efectos generales. Por la otra, para evitar

¹⁶⁷ FIX FIERRO, Héctor. "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", *La reformas constitucionales en México y Argentina*, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México, UNAM, núm. 19, 1996, p. 47.

¹⁶⁸ GONZALEZ URIBE, Héctor. Citado por Estrella Méndez, Sebastián. *La filosofía del juicio del amparo*, México, Porrúa, 1988, p. 174.

una probable confrontación de los órganos de poder. Como es sabido, la institución del amparo se inspiró en la revisión de constitucionalidad de las leyes de los Estados Unidos. En ese país, el juez que considere que una ley es contraria a la Ley Fundamental aplica ésta y no aquella, pero sin hacer una confrontación con el Poder Legislativo, es decir, no deroga la ley. Sólo resuelve para cada caso en particular. Por eso se consideró que una de las formas para que no pudiera haber un choque de poderes, entre el legislativo y judicial, era darle sólo efectos particulares a las sentencias del amparo.¹⁶⁹

Con las razones anteriormente expuestas nos percatamos que el juicio de amparo no es un medio adecuado para hacer frente a una omisión legislativa. En este sentido, nuestro máximo Tribunal ha sostenido que:

“respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como

¹⁶⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª. ed., México, UNAM, 1999, pp. 194 y ss.

responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que resultaría apartado del principio de relatividad enunciado".¹⁷⁰

4.1.2 ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Introducidas en el ordenamiento mexicano con las reformas constitucionales de 1994, las acciones de inconstitucionalidad pueden ser promovidas por los grupos parlamentarios de carácter minoritario que alcancen el 33 % de los integrantes del órgano de representación que emita la norma (Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, Asamblea Legislativa del Distrito Federal y las legislaturas de los estados), los partidos políticos con registro federal o estatal (sólo en el caso de leyes en materia electoral) y el Procurador General de la República cuando consideren que una norma es contraria a la Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad tampoco son el medio más idóneo de control para las omisiones del legislador. El hecho de que las acciones de inconstitucionalidad puedan interponerse dentro de los treinta días siguientes a la publicación de la norma (considerada inconstitucional) en el Diario Oficial de la Federación obstaculiza la posibilidad de incoarla contra una omisión absoluta, es decir, ante la ausencia total de norma. Si bien, cabe la posibilidad de ejercitar una acción de inconstitucionalidad contra una omisión relativa¹⁷¹ (atacar una ley como

¹⁷⁰ Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VI, Diciembre de 1997 Tesis: P. CLXVIII/97 Página: 180.

¹⁷¹ COSSIO, José Ramón. Comentario al artículo 105. Carbonell, Miguel (coord), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, 16ª. ed., México, Porrúa, p. 142.

inconstitucional por omitir algunos supuestos exigidos por la Constitución), no lo es así para el caso de omisiones legislativas absolutas, teniendo como consecuencia que las acciones de inconstitucionalidad sean un medio parcial de control de las omisiones del legislador.

4.1.3 CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Las controversias constitucionales adquieren un significativo desarrollo, comenzando a fluir las demandas en torno a ellas, con las reformas al Poder Judicial realizadas en 1994.

De acuerdo con el artículo 105 de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá de las controversias constitucionales que, con excepción de las que refieran a la materia electoral, se susciten entre los diversos niveles de gobierno del Estado mexicano.

La Suprema Corte de Justicia resolvió en una controversia constitucional, promovida por el ayuntamiento de Berriozábal, que:

“de la lectura de los artículos 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 y 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del citado precepto constitucional, se advierte que corresponde conocer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de las controversias constitucionales que se susciten entre las entidades, poderes u órganos que se precisan en la fracción I del artículo 105 constitucional y en el artículo 10 de su ley reglamentaria, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, sin que hagan distinción alguna sobre la naturaleza de los actos que pueden ser objeto de la acción, por lo que al referirse dichos dispositivos en forma

OMISIONES LEGISLATIVAS

genérica a "actos", debe entenderse que éstos pueden ser positivos, negativos y omisiones".¹⁷²

De acuerdo con el anterior criterio de la Corte cabría pensar en la posibilidad de entablar una controversia constitucional para el control de las omisiones legislativas. Sin embargo, consideramos que no es procedente por lo expuesto a continuación.

En primer lugar, ante la imposibilidad de la Suprema Corte de conocer controversias constitucionales en materia electoral se obstaculiza la oportunidad de poder ser ejercidas en contra de omisiones de normas electorales. Esto es una gran limitante porque el legislador también puede ser omiso en leyes electorales, negando, por tanto, la posibilidad de que la Corte pudiera conocer la inconstitucionalidad de la omisión.

Por otra parte, la Corte ha sostenido que el objeto de las controversias constitucionales es tutelar las facultades de los distintos niveles de gobierno señalados en el propio artículo 105 fracción I de la Constitución.¹⁷³ También, ha manifestado que, tratándose de controversias constitucionales, el promovente debe plantear la existencia de un agravio en su perjuicio. Debe tener un interés legítimo para acudir a esta vía, la cual se traduce en una afectación en su esfera de atribuciones.¹⁷⁴

¹⁷² Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Agosto de 1999 Tesis: P/J. 82/99 Página: 568.

¹⁷³ Novena Epoca Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VII, Febrero de 1998 Tesis: 2a. XIII/98 Página: 337.

¹⁷⁴ Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Julio de 2001 Tesis: P/J. 83/2001 Página: 875.

De esta suerte, la acción de las controversias constitucionales no es apropiada para el control de las omisiones del legislador. El fin específico del órgano promovente de una controversia constitucional es impugnar un acto realizado por otro ente de gobierno que le perjudica en su esfera de atribuciones; mientras lo que se pretende con la acción de inconstitucionalidad por omisión es lograr la efectividad de la Constitución. Con esto no se niega que una controversia constitucional también tienda a hacer efectiva la Constitución, a que su cumplan sus preceptos, pero en el caso de las omisiones legislativas lo que se busca no es la realización de un acto en concreto sino, precisamente, hacer eficaz una regla constitucional. Es decir, el órgano promovente de la acción no necesariamente debe tener una afectación en su ámbito de facultades, sino que sólo busca, reiteramos, que la Constitución adquiera fuerza normativa a través de una norma de desarrollo, esto es, que el tribunal constitucional, una vez declarada la inconstitucionalidad de la omisión, invite al legislador a realizar su encargo.

El hecho, pues, de acreditar un agravio en perjuicio del promovente de una controversia constitucional, además de la imposibilidad de interponerlas en materia electoral, es un obstáculo para considerar a este medio de defensa constitucional apto para el control de las omisiones legislativas.

4.2 LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN MÉXICO

Es necesario que nuestra Constitución se adapte a los cambios que exige la nueva realidad. Debe acomodarse a las nuevas pretensiones. El derecho debe tener una evolución constante de acuerdo con las necesidades que la sociedad va requiriendo. En este sentido, la jurisdicción constitucional no se queda atrás, debiendo tener una evolución constante para adecuarse a las exigencias requeridas por la Ley Fundamental.

Las omisiones legislativas implican diversos problemas constitucionales que hacen necesario la búsqueda de medios capaces de corregir la inactividad del legislador que obstaculiza la fuerza normativa de la Constitución. La Constitución no puede llegar a ser un código acabado. El constituyente no lo puede prever todo, no puede anticipar las circunstancias particulares que ocurrirán en el futuro.¹⁷⁵ Las constituciones sólo deben establecer los lineamientos generales de un Estado y es tarea del Poder Legislativo desarrollarlos.

Sin embargo, en México existe la tendencia de hacer de nuestra Ley Fundamental una norma reglamentaria. Como dice José Luis Soberanes, *"se ha venido desarrollando una técnica legislativa poco conveniente, pues los preceptos constitucionales, en vez de ser muy generales, abundan en especificidades, con el vano propósito de darles mayor firmeza"*.¹⁷⁶ Pero esto no sólo es en México. Existe

¹⁷⁵ FERRERES, Víctor. "Justicia constitucional y democracia", op. cit., p. 284.

¹⁷⁶ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. "Para avanzar en el amparo, hay que reformar el artículo 107 constitucional", *80 aniversario homenaje Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1997, p. 251.

la tendencia en América Latina de crear constituciones de una gran extensión. Será como dice García Belaúnde la gente tiene ilusión en las constituciones y quieren que en ellas esté todo. La gente piensa que haciendo constituciones más completas con todo incorporado van a ser más felices pero, nos dice García Belaúnde, esto no es así. La constitución es un instrumento y un modelo nada más.¹⁷⁷ No es recomendable que la Constitución contenga artículos extensos, exhaustivos, al grado de incorporar materia que en sentido estricto no es constitucional.¹⁷⁸

De acuerdo con Héctor Fix-Zamudio, impulsor de la inclusión de leyes orgánicas en nuestro sistema jurídico, uno de los errores más frecuentes en la técnica legislativa constitucional es la incorporación a las constituciones de preceptos excesivamente reglamentarios que con frecuencia carecen de la naturaleza de normas materialmente constitucionales. Es aconsejable que las disposiciones fundamentales establezcan únicamente los lineamientos generales y después estos sean desarrollados por leyes reglamentarias.¹⁷⁹

El hecho de que nuestra Constitución tienda a reglamentar sus artículos podría suponer que el control de las omisiones legislativas tuviera poca utilidad en nuestro medio, precisamente porque el constituyente deja poco margen de acción al legislador ordinario para el ulterior desarrollo de la Constitución y, por tanto, sería

¹⁷⁷ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "El régimen presidencial en América Latina" en Amaya Castrillón, Juan Carlos y Velásquez Ramírez, Ricardo (coords), *III Convención latinoamericana de derecho. Integración latinoamericana: reto para el tercer milenio*, Perú, Ediciones Jurídicas, 2001, pp. 61-62.

¹⁷⁸ WHEARE, K. C. *Las constituciones modernas*, España, Editorial Labor, 1971, p. 37.

¹⁷⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas", *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 201.

poco probable que incurriera en mora legislativa. Sin embargo, como vimos, sería recomendable que nuestra Ley Fundamental se concretara sólo a enunciar los lineamientos generales y fuera el legislador ordinario, a través de leyes orgánicas, el encargado de la expansión de las normas constitucionales.

La inclusión en el ordenamiento constitucional de leyes intermedias (las cuales tendrían un procedimiento específico para la aprobación, modificación o derogación, de mayor dificultad que el ordinario, pero con menores exigencias de los requisitos que se requieren para las reformas constitucionales), en cuanto a su jerarquía formal entre las disposiciones constitucionales y las de carácter ordinario, podrían dar mayor estabilidad¹⁸⁰ al texto constitucional, además de una mayor libertad al legislador para adecuar las instituciones a los cambios imprescindibles.¹⁸¹

Ahora bien, aun cuando nuestra Constitución esté redactada en términos muy generales, no está exenta de ver atrofiado su contenido por la conducta omisa del legislador. No hay que olvidar, por ejemplo, el artículo sexto de nuestra Carta Magna que establece el derecho a la información. La reforma constitucional que incorporó este derecho fue en el año de 1977, pero no fue sino hasta el año de 2002 que se emitió la correspondiente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

¹⁸⁰ De acuerdo con Vergottini, la Constitución es también sinónimo de estabilidad política e institucional. *Derecho constitucional comparado*, trad. Pablo Lucas Verdú, Madrid, Editorial Espasa, 1983, p. 183.

¹⁸¹ VALADÉS, Diego. *Constitución y democracia*, op. cit., p. 19.

Además, debemos tener presente que el principio de igualdad incorporado al artículo primero de nuestra Constitución, resultado de las reformas constitucionales para el mejoramiento de los pueblos indígenas, puede dar lugar al surgimiento de numerosos casos en los que el problema a resolver será la omisión del legislador por no incluir a ciertos supuestos que deban ser tratados de forma igualitaria porque, como dice Guastini: "*el principio de igualdad...: casi podría llamarse una máquina para producir lagunas*".¹⁸²

Es precisamente en este panorama de posible crisis constitucional producto de la omisión legislativa que se hace necesario la justicia constitucional para hacer efectivos los principios contenidos en la Constitución. Hoy en día hablar de justicia constitucional implica ampliar la gama de los mecanismos de defensa para hacer frente a las distintas exigencias de control que exige la Norma Fundamental, como las omisiones del legislador que imposibilitan la realización preceptos contenidos en ella. No es atinado, pues, limitar el control al de la protección de los derechos humanos, al de controversias constitucionales o al de la constitucionalidad de las leyes, ya que, pese a su importancia, sólo son algunos de los variados actos de poder que pueden quedar sometidos a control.¹⁸³

¹⁸² GUASTINI, Ricardo. "La Constitución como límite a la legislación", op. cit., p. 241.

¹⁸³ ARAGÓN, Manuel. "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 7, enero-febrero 1979, p. 172.

4.2.1 VERACRUZ

Es destacable que Veracruz tenga previsto en su texto constitucional los medios necesarios de control de constitucionalidad para las omisiones legislativas. También, como veremos más adelante, Tlaxcala ha seguido ese camino.

No debemos desconocer el trabajo realizado por otras entidades federativas en fortalecer sus sistemas de protección constitucional. Por ejemplo, Coahuila en donde se ha declarado al Tribunal Supremo de Justicia de la entidad como Tribunal Constitucional local, otorgándole la facultad de conocer de conflictos surgidos entre los otros poderes, entre éstos y los municipios, así como de las entidades paraestatales. También, como de resolver las acciones de inconstitucionalidad para declarar la invalidez de leyes o disposiciones de observancia general contrarias a la Constitución del Estado.

Aunque sean todavía muy pocas es significativo que ciertas entidades federativas desarrollen los medios necesarios para un efectivo control de la constitucionalidad de los actos del poder público. Alguna razón de este lento desarrollo pudiera ser que el derecho constitucional estatal, no obstante su importancia total para las entidades federativas, ha sido poco explorado¹⁸⁴. Pero, aun así, reiteramos el gran paso dado y ojalá pudiera tomarse en consideración en el ámbito federal de instrumentos de justicia constitucional establecidos en las

¹⁸⁴ GÁMIZ PARRAL, Máximo N. *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, México, UNAM, 2000, p. 13.

constituciones locales como el caso de las omisiones legislativas ya establecidos tanto en Veracruz como en Tlaxcala.

El artículo 65 fracción III de la Constitución de Veracruz faculta al pleno del Tribunal Superior de Justicia para conocer de las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto.

Tienen legitimación activa para interponer la acción:

- a) el Gobernador del Estado; o
- b) cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

Declarada la inconstitucionalidad de la omisión se publicará en la Gaceta Oficial del Estado, otorgándole al Congreso del Estado un plazo de dos periodos de sesiones para que emita la ley o decreto que colme la omisión. De no ser así, el Tribunal dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades en tanto se expide la ley o decreto.

Vale la pena hacer la observación de que es extralimitado que sea el propio Tribunal quien pueda expedir los lineamientos generales a los que se deberán sujetar las autoridades. Lo mejor sería que sólo hiciera una recomendación al legislador o resolviera el caso en concreto.

El curso de la acción por omisiones legislativas tiene un tratamiento especial en Veracruz. Quien conoce y resuelve la acción, de acuerdo con el artículo 38 fracción III de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, pero quien sustancia el procedimiento es la sala constitucional del Tribunal Superior (artículo 45). Esta muy peculiar forma de

resolver la acción ha suscitado sus críticas, al grado de decir que ese reparto funcional es propio de un proceso judicial ordinario, no así de un contencioso constitucional.¹⁸⁵

De forma muy general así se desarrolla el instituto en Veracruz. Independientemente de los posibles dislates con que cuenta, valoramos el gran paso dado. Claro está, que no debemos ser conformistas y, en la medida de lo posible, tratar de perfeccionar las acciones por omisiones legislativas tan benéfica para cumplir con el propósito de la Constitución de los veracruzanos.

4.2.2 TLAXCALA

Preocupada por la supremacía de su Constitución y un mejor Estado de derecho, la Constitución de Tlaxcala le ha otorgado facultades al pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado para el control de las omisiones legislativas.

El artículo 81 de la Constitución tlaxcalteca establece que el pleno del Tribunal Superior, actuando como Tribunal de Control Constitucional, conocerá de:

...

- e) Las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y Ayuntamientos o Consejos Municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las

¹⁸⁵ FERNANDÉZ RODRÍGUEZ, José Julio. "La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz- Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2002, t. III, p. 3066.

constituciones políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.

Es un error que la Constitución de Tlaxcala considere que se pueda ejercitar la acción por omisión legislativa atribuible al Gobernador, los ayuntamientos y consejos municipales. El único que puede desarrollar el texto constitucional es el Congreso del Estado. Como vimos anteriormente, el tipo de responsabilidad que se puede fincar a las autoridades administrativas por omisión es distinta que a la del órgano legislativo. Además, tampoco es un acierto el que se pueda configurar una omisión legislativa ante lo ordenado por una ley, pues en este caso más bien se trataría de una ilegalidad por omisión¹⁸⁶, distinta a la omisión legislativa.

Por otra parte, efectivamente el legislador local puede omitir desarrollar algún precepto contenido en la Constitución federal y no solamente lo preceptuado por la Ley Fundamental local. Como ejemplo, tenemos el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece el derecho a la libertad de trabajo, especificando, en el párrafo segundo, que la ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan de un título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. En este artículo, la Constitución federal establece una obligación para las legislaturas de los estados pero, aquí el órgano fiscalizador que conocería de la omisión sería el encargado del control constitucional de la Constitución federal, es

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 93.

decir, la Suprema Corte de Justicia, no siendo competente el Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala para conocer de violaciones a la Carta Federal.

A su vez, establece la Constitución de Tlaxcala que corresponde a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado el ejercicio de la acción. Aquí, el artículo no especifica quienes son esas autoridades tanto estatales como municipales, lo que puede generar un conflicto de falta de legitimidad para incoar la acción; además, al referirse a todas las personas residentes del Estado nos preguntaríamos si la persona que no sea residente ¿no podrá ejercitar la acción?

Continua el precepto mencionando que al admitirse la demanda se ordenará correr traslado a la autoridad omisa responsable y al director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado para que rindan sus respectivos informes. Aquí, surge la pregunta: ¿Qué finalidad tiene que rinda su informe el director del Periódico Oficial?

Siguiendo con el análisis del artículo, especifica que se celebrará una audiencia de prueba y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. En caso de incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad. Las resoluciones deberán ser aprobadas cuando menos por diez magistrados, siendo el quórum de doce magistrados. De no obtenerse ese quórum se suspende la sesión y se convoca para el día hábil siguiente. Si tampoco se llega a cubrir el quórum necesario se llamará a los suplentes, informando de ello al

Congreso para que, de no tener justificación, suspenda de sus funciones a los ausentes.

Respecto esto último, ponemos en duda la habilidad del Tribunal para emitir sentencia inmediatamente después de celebrada la audiencia; además, nos podríamos hacer varias preguntas: ¿se le podrá fincar responsabilidad al Congreso por una omisión legislativa?; ¿que tiene que ver, en este artículo, la destitución de los magistrados?; ¿el Congreso destituiría a los magistrados ausentes, en un asunto que precisamente se trata de una acción contra la omisión legislativa del propio Congreso?

Concluimos, pues, que la facultad del Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala para conocer de las omisiones legislativas debería de reestructurarse. Siendo la figura de la inconstitucionalidad por omisión de por sí ya compleja, el constituyente tlaxcalteca la hizo todavía más. Esto puede tener como consecuencia su no posible o adecuado funcionamiento para el efectivo control de las omisiones legislativas y, por tanto, la defensa de la supremacía de la Constitución y un mejor Estado de derecho para el Estado de Tlaxcala.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico que vincula a todos los órganos del poder.

SEGUNDA. Todo Estado constitucional debe contar con los medios necesarios de control de la constitucionalidad para la defensa de la supremacía de la Constitución.

TERCERA. La Constitución requiere del legislador para su desenvolvimiento. Ésta contiene una serie de mandatos al legislador que en caso de no cumplirlos transgrede el carácter supremo de la Norma Básica.

CUARTA. El legislador no sólo puede vulnerar a la Constitución emitiendo leyes contrarias a lo dispuesto por ella, sino también al no crear las normas exigidas para el pleno desenvolvimiento del texto fundamental.

QUINTA. De acuerdo con el Estado social de derecho, el Estado asume la función de prestador de servicios sociales. Esto se refleja primordialmente en el establecimiento de normas programáticas en las constituciones. La actitud inmóvil del Estado ya no es suficiente, como en la etapa del Estado liberal, sino que se hace necesaria su participación.

SEXTA. Las normas programáticas requieren de la participación del órgano legislativo para su concretización.

CONCLUSIONES

SÉPTIMA. Las reservas de ley son un auténtico mandato al legislador. El constituyente, a través de cláusulas de remisión a la ley, le encomienda al órgano legislativo el desarrollo del texto constitucional.

OCTAVA. Existe objeción en aceptar el control de las omisiones legislativas por considerar que se lesionaría gravemente al principio de división de poderes. Para esto, el órgano encargado de la jurisdicción constitucional debe sujetarse estrictamente a sus facultades.

NOVENA. Puede haber omisiones legislativas absolutas o relativas. Las primeras refieren a la ausencia total de reglamentación; las relativas aluden a los casos en que el legislador, al momento de desarrollar la Constitución, no incluye todos los supuestos exigidos por la Norma Suprema.

DÉCIMA. En relación con otros sistemas jurídicos, son pocos los estados que han establecido en sus constituciones los medios para el debido control de las omisiones del legislador. En otros estados, aun cuando no prevén de forma positiva el instituto, sus respectivos órganos de justicia constitucional han desarrollado técnicas necesarias para hacer frente a las omisiones legislativas relativas.

UNDÉCIMA. En México existe la tendencia de hacer de la Constitución una norma reglamentaria. Es conveniente que en la Norma Fundamental sólo se establezcan los lineamientos generales y sea el legislador el encargado de su desenvolvimiento.

CONCLUSIONES

DUODÉCIMA. En México, las entidades federativas empiezan a adquirir una jurisdicción constitucional propia.

DECIMOTERCERA. Las constituciones locales de Veracruz y Tlaxcala prevén, aunque con deficiencias, las omisiones legislativas, ejemplo a considerar por la federación y los demás estados.

DECIMOCUARTA. No aceptar el control de las omisiones legislativas significaría otorgarle poder al legislador ordinario para dejar de hacer efectivo lo establecido por la Constitución.

DECIMOQUINTA. Las omisiones legislativas implican diversos problemas constitucionales que hacen necesario instaurar los medios capaces de reparar la inactividad del legislador que obstaculiza el despliegue efectivo de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

A) Libros

AFONSO DA SILVA, José. "Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição brasileira de 1988" en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial Grijley, 2002.

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*, Buenos Aires, Editorial Sopena, 1957.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*, 2ª. ed., España, Tecnos, 1992, vol. I.

ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002.

----- "La Constitución como paradigma", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

ARNOLD, Rainer. "El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX. Desarrollo y perspectivas", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial Grijley, 2002.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "Constitución y ordenamiento Jurídico" en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

BAZÁN, Víctor. "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales", en Bazán, Víctor (coord), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997.

----- "Nuevamente sobre las omisiones inconstitucionales", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial. Grijley, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán J. "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997.

----- *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, 2003.

BIN, Roberto. *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Dott. A. Giffè, 1988.

CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987.

CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2001.

CARPIO MARCOS, Edgar. "La acción de cumplimiento (caso especial referencia al caso peruano)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2002, t. II.

CARPISO, Jorge. *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Facultad de Derecho, UNAM, 1998.

CASAL H., Jesús M. "La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2002, t. II.

CASTRO, Juventino V. *El artículo 105 constitucional*, 4ª. ed. México, Porrúa.

CAVERO LATAILLADE, Iñigo y ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomás. *Introducción al derecho constitucional*, España, Editorial Universitat, 1995.

COSSÍO, José Ramón. Comentario al artículo 105. Carbonell, Miguel (coord), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, 16ª. ed., México, Porrúa.

CRISTÓBAL SERRA, Rosario. *La guerra de las cortes*, Madrid, Tecnos, 1999.

CUBAS, Joaquín. *La democracia y el Tribunal Constitucional*, España, Ediciones Alfons el Magnànim, 1996.

DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*, trad. de Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1953.

----- *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, 2ª. ed., trad. de Pedro Bravo, Editorial Aguilar, s.a.

ESTRELLA MÉNDEZ, Sebastián. *La filosofía del juicio del amparo*, México, Porrúa, 1988.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*, España, Civitas, 1998.

----- "La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz- Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho procesal constitucional*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2002, t. III.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El sistema constitucional español" en García Belaúnde et al. (coords), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992.

----- "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997.

FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

FERRERES, Víctor. "Justicia constitucional y democracia", en Carbonell, Miguel (comp), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

FIX FIERRO, Héctor. "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", *La reformas constitucionales en México y Argentina*, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México, UNAM, núm. 19, 1996.

BIBLIOGRAFÍA

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano", Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, México, UNAM, núm. 12, 1994.

----- *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª. ed., México, UNAM, 1999.

----- "Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas", *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999.

GAMAS TORRUCO, José. *Derecho constitucional mexicano*, México, UNAM, 2001.

GÁMIZ PARRAL, Máximo N. *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, México, UNAM, 2000.

GARCÍA BELAÜNDE, Domingo. "El régimen presidencial en América Latina" en Amaya Castrillón, Juan Carlos y Velásquez Ramírez, Ricardo (coords), *III Convención latinoamericana de derecho. Integración latinoamericana: reto para el tercer milenio*, Perú, Ediciones Jurídicas, 2001.

GARCÍA BELAÜNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma jurídica", en Predieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (coords.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1981.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio. "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso de México" en Fix-Zamudio, Héctor (coord), México y las declaraciones de derechos humanos, México, UNAM, 1999.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. *Introducción al estudio del juicio del amparo*, 5ª. ed., México, Porrúa, 1995.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. *La democracia en México*, México, Ediciones Era, 1995.

GUASTINI, Ricardo. "La Constitución como límite a la legislación" en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. *Controversia sobre controversia*, 2ª. ed. México, Porrúa, 2001.

GUTTERIDGE, H. C. *Concepto y métodos del derecho comparado*, trad. Joaquín Rodríguez, México, Editorial Compañía general, 1941.

H.L.A. Hart. *Post scriptum al concepto de derecho*, Editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "Los derechos prestacionales", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial. Grijley, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

LINDE PANIAGUA, Enrique. *Constitución abierta*, Madrid, Linde Editores, 1991.

LUCAS VERDÚ, Pablo. "¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad, en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial Grijley, 2002.

MIRANDA, Jorge. "La justicia constitucional en Portugal, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, España, 1997.

----- "A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso. *Los derechos sociales creación de la revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.

PINA, Rolando E. *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Buenos Aires, Astrea, 1973.

PINTO FERREIRA, Luiz. "A jurisdição constitucionale o controle da constitucionalidade das leis", en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Perú, Editorial Grijley, 2002.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, t. I.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER, Miguel. "El Tribunal constitucional español", *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 8: *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, UNAM, 1994.

ROLLA, Giancarlo. *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.

SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. I.

----- "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro", en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997.

SARTORI, Giovanni. "Límites de la ingeniería constitucional", México, Instituto Federal Electoral, 1999, colección: "Temas de la democracia", serie: Conferencias magistrales, núm. 9.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando. *Cabos sueltos*, México, Porrúa, 2001.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. "Para avanzar en el amparo, hay que reformar el artículo 107 constitucional", *80 aniversario homenaje Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1997.

VALADÉS, Diego. *La Constitución reformada*, México, UNAM, 1987

----- *Constitución y política*, 2ª. ed., México, UNAM, 1994.

----- "Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma institucional", *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998.

----- *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000.

----- *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

VEGA GARCÍA, Pedro de. "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*, trad. Pablo Lucas Verdú, Madrid, Editorial Espasa, 1983.

VILLAVEVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003.

WHEARE, K. C. *Las constituciones modernas*, España, Editorial Labor, 1971.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "La Constitución y sus normas", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002.

ZEMELMAN, Hugo. *De la historia a la política. La experiencia de América Latina*, México, Siglo XXI, 1989.

B) Revistas

AGUIAR DE LUQUE, Luis. "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de derecho político*, España, núm. 24.

ARAGÓN, Manuel. "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 7, enero-febrero 1979.

BAZÁN, Víctor. "Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino", *Entre Abogados*, Argentina, año IV, núm. 8, enero-abril de 1996.

BIDART CAMPOS, Germán J. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico*, México, núm. VI, 1979.

CARPIZO, Jorge. "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, núm., 83, mayo-agosto de 1995.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", *Revista española de derecho constitucional*, España, año 21, núm. 61, enero-abril de 2001.

FALLER, Hans Joachim. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 7, enero-febrero 1979.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil", *Revista vasca de la administración pública*, España, núm. 42, mayo-agosto de 1995.

BIBLIOGRAFÍA

----- "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 101, julio-septiembre de 1998.

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 81, julio-septiembre de 1993.

FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio. "Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania occidental y en México", *El Foro*, México, núm. 18, 1970.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista española de derecho constitucional*, España, año 15, núm. 43, enero-abril de 1995.

----- "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del centro de estudios constitucionales*, España, núm. 1, septiembre-diciembre de 1998.

LANDA ARROYO, César. "La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993", *Revista del foro*, Perú, núm. 1, enero-junio de 1993.

MESIA RAMIREZ, Carlos. "La primera acción de cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión", *Dialogo con la jurisprudencia*, Perú, año 2, núm. 2, diciembre de 1995.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad", *Revista jurídica del Perú*, Perú, año XXXIX, núm. III-IV, julio-diciembre de 1998.

OTHON SIDOU, J.M. "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandado de injunção y habeas data", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, núm. 70, enero-abril de 1991.

PEREZ ROYO, Javier. "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social", *Revista española de derecho constitucional*, España, núm. 10, 1984.

PIBERNAT DOMENECH, Xavier. "La sentencia constitucional como fuente del derecho", *Revista de derecho político*, España, núm. 24.

ROJAS CHAVES, Magda Inés. "Control de constitucionalidad por omisión", *Revista de derecho constitucional*, Costa Rica, núm. 2, mayo-agosto de 1991.

SAGÜES, Néstor Pedro. "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina)", *Ius et veritas*, Perú, año 8, núm. 15, noviembre de 1997.

SCHNEIDER, Hans-Peter. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 7, enero-febrero 1979.

----- "La jurisdicción constitucional y separación de poderes", *Revista española de derecho constitucional*, España, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial de common law", *Anuario jurídico*, México, núm. VI, 1979.

TORRES MURO, Ignacio. "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana", *Revista española de derecho constitucional*, España, núm. 17, mayo-agosto de 1986.

VALLESPÍN OÑA, Fernando. "Estado de bienestar y Constitución", *Revista del centro de estudios constitucionales*, España, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988.

BIBLIOGRAFÍA

VEGA GARCÍA, Pedro de. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de estudios políticos*, España, núm. 7, enero-febrero 1979.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore", *Giurisprudenza costituzionale*, Italia, núm. 6, 1996.

C) Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala
Constitución Política de Perú
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
Constitución de la República Federativa de Brasil
Constitución de la República de Portugal
Constitución de la Provincia de Río Negro

D) Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 9ª época, t. VI, diciembre de 1997.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 9ª época, t. VII, febrero de 1998.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 9ª época, t. X, agosto de 1999.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 9ª época, t. XIV, julio de 2001.